

REVISTA CRITICA  
DE  
DERECHO  
INMOBILIARIO



Año XCVII • Septiembre-Octubre • Núm. 787

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 • Septiembre-Octubre 2021 • Núm. 787

---

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

## CONSEJO DE REDACCIÓN

### Presidente

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

### Comisión ejecutiva

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

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

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

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

**Celestino Pardo Núñez**  
Registrador de la Propiedad

### Secretario

**Basilio Aguirre Fernández**  
Registrador de la Propiedad

## Consejeros

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

**Encarnación Roca Trías**  
Magistrada del Tribunal Constitucional

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

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

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

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

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

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

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

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

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



## SUMARIO / SUMMARY

Págs.

### **ESTUDIOS / STUDIES**

- AZOFRA VEGAS, Fernando: A vueltas con el pacto de *lex commissoria* / *Registered conditions subsequent, once again* ..... 2695
- BOSCH CAPDEVILA, Esteve: Del retracto convencional al derecho de readquisición / *From the conventional retraction to the right of reacquisition*..... 2773
- JUÁREZ TORREJÓN, Ángel: Resolución y restitución: los retrocesos patrimoniales en el Registro de la Propiedad / *Resolution and restitution: patrimonial setbacks in the Property Registry*..... 2829

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

- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, Irene: El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña / *Property right and rent control in Catalonia*... 2875

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

- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno: La cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de *Legal transplant* en Derecho español / *The representations and warranties clause as an example of a legal transplant to Spanish Law* ..... 2931



PÉREZ ESCOLAR, Marta: Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas / <i>Some reflections on the nature of foundations as legal persons</i> .....	2963
---	------

**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 Fe Pública, coordinado por Juan José JURADO JURADO .....	2981
--	------

**ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES**

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

— La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los juguetes. El colectivo vulnerable de los menores. Responsabilidad de los padres / <i>Artificial intelligence applied to robotics in toys. The vulnerable group of minors. Parental responsibility</i> , por Isabel DE LA IGLESIA MONJE .....	3075
---	------

1.2. Derecho de familia:

— Aspectos civiles del trabajo doméstico: matizaciones al artículo 1438 del Código civil / <i>Civil aspects of domestic work: qualifications to Art. 1438 CC</i> , por María Eugenia SERRANO CHAMORRO .....	3094
---	------

1.3. Derechos reales:

— Repaso jurisprudencial al sistema transmisivo de la propiedad del título y modo / <i>Jurisprudential review of the property transmission system of the title and mode</i> , por María Goñi RODRÍGUEZ DE ALMEIDA.....	3134
--	------

1.4. Sucesiones:

— La armonización fiscal de las transmisiones <i>mortis causa</i> a examen: De la autogestión financiera a la recentralización / <i>The tax harmonization of mortis causa transfers under review: From self-management financial to recentralization</i> , por María CRESPO GARRIDO .....	3146
---	------

1.5. Obligaciones y Contratos:

- Novación e interpretación contractual / *Contractual novation and interpretation*, por Beatriz SÁENZ DE JUBERA HIGUERO ..... 3179

1.6. Responsabilidad civil:

- Responsabilidad civil de centros penitenciarios y psiquiátricos o de salud mental por daños causados por sus internos / *Civil liability of penitentiary and psychiatric or mental health centers for damages caused by their internals*, por Carmen PÉREZ CONESA..... 3198

1.7. Concursal:

- La inscripción de los contratos de arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad / *The registration of urban lease contracts in the Property Registry*, por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS..... 3220

2. MERCANTIL:

- El deber de infracción de lealtad y la ausencia de poder de los administradores para la práctica de una filialización / *The infringement of the duty of loyalty and the absence of power of the directors to incorporate a subsidiary*, por Francisco REDONDO TRIGO . 3246

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

- La inscripción del cambio de uso por antigüedad / *Registration of the change of use because of prescription*, por Eugenio-Pacelli LANZAS MARTÍN ..... 3265

**RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / BIBLIOGRAPHY INFORMATION**

- «*Algorithms and Law*», de Martin EBERS y Susana NAVAS, por Isabel ESPÍN ALBA ..... 3279

- «Fiscalidad post beps: localización del establecimiento permanente de las corporaciones, economía digital e intercambio de información» de María CRESPO GARRIDO, por Carmen MUÑOZ DELGADO... 3282



# ESTUDIOS



# A vueltas con el pacto de *lex commissoria*

## *Registered conditions subsequent, once again*

por

FERNANDO AZOFRA VEGAS

*Doctor en Derecho*

*Uría Menéndez Abogados, S.L.P.*

**RESUMEN:** Mediante la inscripción de una condición resolutoria explícita, el vendedor de un inmueble con precio aplazado obtiene una eficaz herramienta de protección que le permite resolver la venta y readquirir el dominio del bien mediante la mera notificación judicial o notarial al comprador de su voluntad de resolver en caso de impago del precio en el plazo convenido, incluso en el caso de que el comprador no se aquiete o no consienta la resolución, y sin necesidad de obtener el refrendo judicial de la procedencia de la resolución. Gracias a la inscripción original de la condición resolutoria expresa, la resolución opera *erga omnes*, provocando la cancelación de los derechos inscritos o anotados sobre la finca vendida incluso si los terceros registrales se oponen y, nuevamente, sin necesidad de que el vendedor obtenga refrendo o confirmación judicial de la procedencia de la resolución. Cuando se combina una condición resolutoria explícita con una cláusula penal por la totalidad o parte del precio pagado por el comprador, que se establece expresamente por las partes como sanción en cualquier caso de cumplimiento total, parcial, irregular o tardío del precio aplazado, el vendedor debe poder reinscribir el bien a su favor sin consignar cantidad alguna a favor del comprador o los titulares registrales posteriores

(o consignando apenas el precio recibido no afectado por la cláusula penal), nuevamente incluso aunque el comprador o los terceros registrales no se aquieten o no consientan la resolución.

*ABSTRACT: By means of the registration of a condition subsequent, the seller accepting a deferred purchase price is entitled to a powerful remedy whereby it may unwind the sale and reacquire the relevant asset by delivering a judicial or notarial notice of termination to the purchaser in case of price default, whether or not the purchaser objects to the termination and without the need for the seller to request and obtain court confirmation of the termination. Upon the registration of the condition subsequent at the land registry, the termination of the purchase and sale shall be binding on all third parties (i.e., erga omnes), hence enabling the seller to successfully obtain the cancellation of all rights registered or annotated on the asset sold, whether or not such third parties object to the cancellation and without the need for the seller to request and obtain court confirmation. When the registered condition subsequent is combined with a penalty in the amount of all or part of the purchase price from time to time paid by the purchaser, to be triggered as in case of late, full or partial default by the purchaser, the registered condition subsequent will enable the seller to reacquire the asset, without redelivering to the purchaser (or to any other registered title-holders) any portion of the purchase price already settled (or just redelivering the portion of the already paid purchase price exceeding the agreed-upon penalty), even if the purchaser or any other registered title-holders fail(s) to accept the asset transfer-back.*

**PALABRAS CLAVE:** Condición resolutoria explícita. Condición resolutoria tácita. Pacto de *lex commissoria*.

**KEY WORDS:** Registered condition subsequent. Tacit condition subsequent. *Lex commissoria covenant*.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO DEL ARTÍCULO 1504 CÓDIGO CIVIL: 1. LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESOLUCIÓN GENERAL EX ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN PRECISAMENTE A LOS CASOS EN LOS QUE CONSTE UN PACTO DE *LEX COMMISSORIA*. 3. LA JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA INTEGRACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL COMO UN GÉNERO DENTRO DE LA ESPECIE DE LA RESOLUCIÓN GENERAL DEL ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA

JURISPRUDENCIA FAVORABLE A LA SINGULARIDAD DE LA RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL, EN ESPECIAL EN LOS CASOS DE PACTO DE *LEX COMMISSORIA*.—III. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA.—IV. LA INCORRECCIÓN DE LA «*DOCTRINA TRADICIONAL*» DE LA DGSJFP EN TORNO AL CONSENTIMIENTO, LA *AQUIESCENCIA O LA NO OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN POR PARTE DEL PERJUDICADO*: 1. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 2. LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA.—V. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y DE CALIFICACIÓN Y LA «*DOCTRINA TRADICIONAL*» DE LA DGSJFP EN TORNO A LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPLÍCITAS: 1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO PRIMER SISTEMA DE JUSTICIA PREVENTIVA EN EL TRÁFICO INMOBILIARIO. 2. EL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL. 3. EL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

De la «*Ética a Nicómaco*» de ARISTÓTELES arranca un antiguo proverbio: «*Una golondrina no hace verano, ni una virtud bienaventurado*». Un hecho aislado o, si se quiere, una excepción, no explica la regla. Pero no hay verano sin golondrinas, ni bienaventuranza sin virtudes. Yo quise ver en la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado («DGRN») de 29 de agosto de 2019 (*RJ* 2019, 4253) la golondrina que aventura, por fin, el verano que sucede al invierno que, en materia de condición resolutoria expresa («CRE»), padecemos nada más y nada menos que desde 1982. Aunque, lamentablemente, hemos visto algunos cuervos y grajos desde agosto de 2019, no podemos perder la esperanza, porque también han seguido llegando golondrinas y es seguro que tendremos finalmente verano.

El verano es la plena eficacia, en sede registral, de la resolución de la venta con precio aplazado en la que se ha pactado e inscrito una CRE en caso de falta de pago del precio en el plazo convenido, mediante la mera notificación judicial o notarial al comprador de la resolución, notificación que debiera ser bastante para provocar la reinscripción del dominio de la finca vendida a favor del vendedor aunque el comprador no consienta o incluso se oponga a la resolución, así como para la cancelación de los derechos inscritos o anotados sobre la finca vendida tras la inscripción de la CRE, nuevamente, aunque los terceros registrales no consientan o se opongan a la cancelación, y sin que la readquisición del dominio y la cancelación de los derechos de los terceros registrales exijan que el vendedor obtenga una sentencia judicial a su favor. Es verano que, en los casos en los que la CRE



se combina con una cláusula penal sobre la totalidad o parte del precio pagado al vendedor, para el caso de impago total, parcial o irregular del precio aplazado, el vendedor que ejercita la CRE no tiene que consignar el precio pagado (o la parte del precio pagado afectado por la cláusula penal) a favor del comprador o de los terceros registrales como condición para la reinscripción del dominio de la finca vendida a favor del vendedor y para la cancelación de los derechos de los terceros registrales.

Estas conclusiones fueron confirmadas por la citada Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 2019 (*RJ* 2019, 4253), y contrariadas por la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de 25 de julio de 2019 (Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 7934, de 7 de agosto) (un grajo). Esta última resolución sin embargo ha sido anulada mediante sentencia (no firme) del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Barcelona de 4 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 284695) (otra golondrina). El recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña frente a la citada Resolución de la DGRN de 29 de agosto de 2019 ha sido inadmitido por falta de jurisdicción mediante auto núm. 593, 2021 de 6 de mayo de 2021 de la sección 3.º de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (no firme) (una golondrina más).

Sin embargo, la doctrina de la RDGRN de 29 de agosto de 2019 ha sido posteriormente soslayada en dos resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública («DGSJFP») de 2020 (Resoluciones de 6 de marzo y 10 de junio de 2020, *RJ* 2020, 2949 y 2020, 3375, respectivamente) y en dos de 2021 (la Resolución de 15 de enero de 2021, *RJ* 2021, 219 y la de 3 de febrero, BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021), volviendo la Dirección General a lo que podríamos llamar «doctrina tradicional» sobre la CRE, a saber, que la reinscripción del dominio a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita exige:

- 1) la consignación del precio recibido por el vendedor en todo caso (incluso cuando se haya pactado una cláusula penal a favor del vendedor y conste debidamente inscrita),
- 2) la falta de oposición, el allanamiento o la aquiescencia del comprador perjudicado y, de existir, de los terceros registrales.

La RDGSJFP de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) estima el recurso en cuanto al primer defecto de la nota de calificación, relativo a la falta de consignación del precio recibido a favor del comprador (endosando la doctrina sentada en la RDGRN de 29 de agosto de 2019), pero confirma el segundo defecto de la nota de calificación, en cuanto a la improcedencia de la reinscripción del dominio a favor del vendedor en caso de oposición del comprador, conforme a su «doctrina reiterada»:

«El segundo de los defectos señalados es que se ha producido la oposición por la parte compradora a la resolución. Resulta de los hechos que el 8 de septiembre de 2020, mediante diligencia, se recoge la contestación de la compradora, que entre otras manifestaciones y alegaciones en las que basa su oposición a la resolución comunicada, expresa lo siguiente: “que se impugna expresamente la escritura de compraventa por cuestiones relacionadas con los representantes legales de la fundación compradora”, y “se impugna resolución del contrato de compraventa que se pretende por ... .. y la cláusula penal que quiere ejecutar; ... .. siendo en todo caso los Juzgados y Tribunales de Justicia los que deberán apreciar la legalidad o no del contrato de compraventa y/o de la condición resolutoria y cláusula penal que se pretende ejecutar por...”.

En este punto, es doctrina reiterada de esta Dirección General (Resoluciones de 6 de marzo y 10 de junio de 2020), que “... segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995)”.

Por tanto, en cuanto a este punto, no puede más que confirmarse el defecto señalado».

En las siguientes líneas, se contesta nuevamente la doctrina «tradicional» de la Dirección General respecto de la necesidad de aquietamiento, aceptación o no oposición del comprador y de los terceros registrales, como condición para la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita.

## II. LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO DEL ARTÍCULO 1504 CÓDIGO CIVIL

### 1. LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESOLUCIÓN GENERAL EX ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL Y LA RESOLUCIÓN EX ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL

La resolución con base en el pacto de *lex commissoria* que el artículo 1504 del Código civil autoriza (y que los arts. 9.2.<sup>a</sup>, 11 y 23 LH y 59 y 175.6.<sup>a</sup> RH desarrollan) es sustancialmente diferente de la resolución implícita en los con-

tratos sinalagmáticos en caso de incumplimiento de las obligaciones recíprocas consagrado en el artículo 1124 del Código civil. Como luego expondré, la «*doctrina tradicional*» de la DGRN sobre la CRE se apoya, indebidamente, en los conceptos y en la jurisprudencia propios de la resolución contractual por incumplimiento del artículo 1124 del Código civil, en lugar de usar los conceptos y la jurisprudencia propia de la resolución de contratos de compraventa inmobiliaria con precio aplazado del artículo 1504 del Código civil y, en particular, los conceptos y la jurisprudencia específicamente aplicables en los casos en los que las partes han atribuido expresamente carácter resolutorio a la falta de pago del precio en el plazo convenido (pacto de *lex commissoria*).

En la resolución del artículo 1124 del Código civil, la parte *in bonis* puede elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, surgiendo a su favor en ambos casos derecho a la indemnización de los daños y perjuicios. Pero la determinación por la resolución del contratante *in bonis* no es definitiva o incondicionada. La resolución, si opta por ella, puede quedar condicionada a que, si el contratante incumplidor así lo solicita, el tribunal pueda apreciar que median «*causas que le autoricen para señalar plazo*». Cabe así que, habiéndose producido el incumplimiento de la prestación, conceda el tribunal una moratoria judicial que habilite la procedencia del pago dentro del plazo concedido, privando así de eficacia a la resolución por la que haya podido optar el contratante *in bonis*. Por eso, la resolución *ex* artículo 1124 del Código civil «*nada tiene que ver [...] con la condición resolutoria*», pues al amparo de este artículo se habilita una «*acción resolutoria de la compraventa a ejercitar ante los Tribunales, sin perjuicio de que el vendedor la declare, si bien haciéndola efectiva judicialmente de tener que proceder en ejecución judicial*»<sup>1</sup>, cuyos efectos se circunscriben a las partes («*sin perjuicio de los derechos de terceros adquirente, con arreglo a los arts 1295 y 1298 y a las disposiciones de la LH*» como el propio art. 1124 CC recuerda), incluso siendo el contrato en cuestión una compraventa inmobiliaria con pago aplazado. Precisamente por eso, nuestra Ley Hipotecaria atribuye nula relevancia real a la expresión del aplazamiento de pago en la inscripción de la compraventa, conforme establece el artículo 11 LH, «*a menos que [...] se de a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita*».

La significación desde luego primaria del párrafo tercero del artículo 1124 del Código civil era atribuir al tribunal la facultad de valorar la entidad y las circunstancias del incumplimiento de forma que, concurriendo causas justificadas, podría «*señalar plazo*», permitiendo al contratante *in malis* cumplir en ese momento y evitar de esta forma la resolución del contrato, salvo que el tribunal considerase el cumplimiento excesivamente tardío.

La resolución *ex* artículo 1124 del Código civil no opera *ex tunc*, sino que destruye la eficacia del contrato de forma sobrevinida, dejando a salvo los derechos de los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe.

Estos específicos rasgos de la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 1124 del Código civil (carácter meramente contractual, interpartes; carácter *ex nunc* de la ineficacia que produce en las obligaciones contractuales) la separan con nitidez de la CRE inscrita en el registro de la propiedad.

El incumplimiento que autoriza la resolución *ex* artículo 1124 del Código civil ha de ser un incumplimiento esencial e imputable al contratante infractor de sus obligaciones. La postura del Tribunal Supremo ha evolucionado desde la exigencia de una «*voluntad deliberadamente rebelde contraria al cumplimiento*», a una concepción del incumplimiento resolutorio que se funda sobre la trascendencia y las consecuencias para la esfera patrimonial del contratante *in bonis* de la falta de cumplimiento del contratante infractor, en línea con las tendencias del derecho europeo e internacional de contratos. Así, la STS de 5 de abril de 2006 (*RJ* 2006, 1921) señala:

*«Esta tendencia se ajusta a los modernos planteamientos sobre incumplimiento contenidos en el Convenio de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, ratificada por España en 1991, cuyo artículo 25 considera esencial el incumplimiento de un contrato «cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato», norma que debe servirnos para integrar el artículo 1124 del Código civil en el momento actual; en un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103, c) de los Principios del Derecho europeo de contratos».*

Esta misma posición del Tribunal Supremo se refleja en numerosas decisiones, como las Sentencias de 10 de octubre de 2005 (*RJ* 2005, 8576), 31 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8405), 22 de diciembre de 2006 (*RJ* 2006, 8074), 23 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 4702) y 17 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 209).

Una característica esencial de la resolución *ex* 1124 del Código civil es, precisamente, su falta de automatismo. La STS de 10 de julio de 2003 (*RJ* 2003, 4339) entiende que la resolución se ejercita mediante una declaración de voluntad recepticia del contratante *in bonis*, y que la intervención judicial se ciñe a determinar si la resolución declarada está bien hecha o no, a la vista de las circunstancias y la satisfacción de los requisitos legitimadores de la declaración resolutoria, de modo que la confirmación por el tribunal tiene eficacia meramente declarativa del efecto resolutorio ya producido (en el mismo sentido, la STS de 26 de noviembre de 2006, *RJ* 2007, 400).

Finalmente, es hoy una posición jurisprudencial unánime (y mayoritaria entre la doctrina) que la regla del artículo 1124 del Código civil debe entenderse como una norma de derecho dispositivo, que permite a las partes, en uso de su autonomía de la voluntad (art. 1.255 CC), desplazarla regulando en el contrato qué incumplimiento debe tener carácter resolutorio, con

independencia de su objetiva naturaleza, entidad o gravedad. Lo acordado por las partes como incumplimiento que faculta a una parte o a ambas la resolución del contrato, habrá de considerarse que reviste carácter resolutorio, aunque en abstracto ese incumplimiento identificado por las partes no tuviera por sí mismo entidad o gravedad suficiente bajo el artículo 1124 del Código civil para desencadenar el remedio resolutorio, como señalan las SSTs de 11 de abril de 2003, *RJ* 2003, 3579, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN; 5 de diciembre de 2003, *RJ* 2003, 8786, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ; 5 de octubre de 2006, *RJ* 2006, 6563, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL; 19 de mayo de 2009, *RJ* 2009, 3181, ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL; 1 de febrero de 2010, *RJ* 2010, 419, ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL; 16 de mayo de 2012, *RJ* 2012, 6351, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS; 15 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 19, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS; 29 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 191, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS; 26 de febrero de 2013, *RJ* 2013, 4935, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael GIMENO-BAYÓN COBOS; 13 de noviembre de 2013, *RJ* 2013, 7446, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER y 5 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 825, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS.

El Tribunal Supremo, en aplicación de la libertad de configuración de las partes del alcance del incumplimiento resolutorio, ha confirmado la resolución del contrato por incumplimientos de obligaciones no esenciales en abstracto, pero previstas con tal carácter en el contrato o que afectan o previsiblemente van a afectar apreciablemente al interés del otro contratante: cargas urbanísticas del inmueble vendido (STS de 10 de febrero de 2012, *RJ* 2012, 4523); no elevación a público del contrato (STS de 28 de febrero de 2012, *RJ* 2012, 4632); previsión de servicios «*de máxima calidad*» que no se observan (STS de 4 de abril de 2012, *RJ* 2012, 5734); falta de licencia de primera ocupación, si se previó esta como obligación principal o si se puede considerar que no se concederá en un plazo razonable (SSTS de 10 de septiembre de 2012 —del Pleno— *RJ* 2013, 2266; 6 de marzo de 2013, *RJ* 2013, 3150; 11 de marzo de 2013, *RJ* 2013, 2591; 10 de junio de 2013, *RJ* 2013, 3944; 17 de enero de 2014, *RJ* 2014, 1266; 19 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 960); cambio de ubicación de aire acondicionado que produce más ruido en vivienda (STS de 16 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 1615); frustración de legítimas expectativas sobre vistas desde la vivienda (STS de 22 de noviembre de 2012, *RJ* 2012, 10438); incumplimiento de compromiso expreso o implícito de conseguir subrogación en el préstamo hipotecario (SSTS de 16 de enero de 2013, *RJ* 2013, 3254; 24 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3162); incumplimiento de garantías legales por cantidades a cuenta (SSTS

de 11 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3490; o de 19 de julio de 2013, *RJ* 2013, 498); falta de licencia de obras (STS de 24 de septiembre de 2013, *RJ* 2013, 3490); o la falta de cancelación registral de una carga pagada, si el bien se vendió como «*libre de cargas*» (STS de 7 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 1321).

En los términos de la STS de 28 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 187, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN:

*«Precisamente por aplicación del artículo 1091 del Código civil, que atribuye fuerza de ley a las obligaciones nacidas de los contratos e impone su cumplimiento al tenor de los mismos, en relación con el artículo 1255 del mismo Código, que permite a los contratantes establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarias a las leyes, a la moral o al orden público, un contrato puede contener cláusulas de resolución específicas que, por voluntad de las partes, eliminen toda controversia ulterior acerca de si, conforme al artículo 1124 del Código civil [...] la cláusula resolutoria prevista tiene o no el carácter de incumplimiento grave, como también acerca de sus consecuencias».*

O la STS de 8 de marzo de 2011, *RJ* 2011, 2759, ponente Excmo. Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL:

*«De esa condición [de incumplimiento esencial] se hace merecedor, entre otros, el incumplimiento de exigencia cualitativa, cuantitativa o circunstancial que hubiera recibido la calificación de esencial por voluntad, expresa o implícita, de las partes contratantes, a las que corresponde crear la «lex privata» por la que quieren regular su relación jurídica».*

En la doctrina, es mayoritaria la postura que otorga al artículo 1124 del Código civil carácter dispositivo, desplazable por pacto (PANTALEÓN PRIETO<sup>2</sup>, MONTÉS PENADÉS<sup>3</sup>, CLEMENTE MEORO<sup>4</sup>, ÁLVAREZ VIGARAY<sup>5</sup>, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO<sup>6</sup>, GARCÍA AMIGO<sup>7</sup>, IRURZUN GOICOA<sup>8</sup>, DÍAZ MORENO<sup>9</sup>, BASOZABAL ARRUE<sup>10</sup>, INFANTE RUÍZ<sup>11</sup>, MOLL DE ALBA<sup>12</sup>, y RODRÍGUEZ-ROSADO<sup>13</sup>). La tesis contraria se defiende por BERCOVITZ<sup>14</sup>, CARRASCO PERERA<sup>15</sup>, GONZÁLEZ PACANOWSKA<sup>16</sup> o VERDERA SERVER<sup>17</sup>.

Frente a todo ello, la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil tiene caracteres distintivos singulares:

1) La resolución tiene lugar *ipso iure* («*de pleno derecho*») y no *officio iudicis*. «*La resolución no tiene lugar incontinenti*»; «*En cuanto el vendedor haya comunicado al comprador [...] su voluntad de resolver, la condición resolutoria entra en acción con eficacia ex tunc. Esta y el hecho del impago del precio*



*aplazado constituye el factum por el cual la ley hace operar automáticamente la condición resolutoria pactada»<sup>18</sup>. En palabras de la STS de 5 de diciembre de 2003, RJ 2003, 8786, ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ: «El artículo 1504 del Código civil exige el requerimiento previo, para dar lugar a la resolución del contrato de compraventa de bien inmueble por falta de pago del precio, aunque medie, como en el presente caso, el pacto expreso de lex commissoria; cuyo requerimiento implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla (como dicen las Sentencias de 28 de enero de 1999, RJ 1999, 328 y 24 de julio de 1999, RJ 1999, 6356), declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio (Sentencias de 30 de diciembre de 1997, RJ 1997, 9193 y 27 de febrero de 1999, RJ 1999, 1417)».*

2) La resolución ex artículo 1504 del Código civil tiene efecto *ex tunc*. «En efecto, como señaló la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006, RJ 2006, 8401), “el pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 del Código civil [...] constituye, como dice la Sentencia de 5 de diciembre de 2003, una garantía para el vendedor. El incumplimiento de la obligación de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa con efectos ‘ex tunc’, retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido ( Sentencias de 11 de junio de 1991, RJ 1991, 4444, 24 de julio de 1999, RJ 1999, 6356 y 5 de diciembre de 2003, RJ 2003, 8786)”» (STS de 3 de abril de 2007, RJ 2007, 1756, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA).

«El artículo 1504 exige —haya o no pacto comisorio— que el vendedor haga al comprador un requerimiento, judicial o notarialmente. Este requerimiento no es una intimación a que haga algo, en este caso, a que pague el precio, sino que es la declaración de voluntad del vendedor, dirigida al comprador que no ha pagado, formal y expresa, de que ha optado por la resolución» (STS de 3 de diciembre de 2004, RJ 2004, 7910, ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

La doctrina comparte sin fisuras esta nota: «Los efectos del pacto de ley comisorio, en su actuación por impago del precio aplazado y por la opción resolutoria del vendedor, en definitiva, se circunscriben al efecto fundamental extintivo o destructor, con retroacción, derivado del cumplimiento de la condición resolutoria establecida, que hace como si la venta de la finca no hubiera tenido lugar»<sup>19</sup>.

La eficacia de la CRE se anuda, para nuestra jurisprudencia, al acto volitivo del vendedor de dar por resuelta la venta por el incumplimiento del comprador del pago del precio aplazado, a la mera y soberana voluntad del vendedor comunicada al comprador, sin ningún otro requisito o condición (SSTS de 9 de marzo de 1990, RJ 1990, 1684, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael CASARES CÓRDOBA o 10 de diciembre de 2001, RJ 2002, 1029, ponente:

Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE). Lo único preciso es que esa declaración sea expresa y terminante, y con la forma notarial o judicial exigida, no cabiendo la ambigüedad, ni el silencio (STS de 26 de diciembre de 1996, *RJ* 1996, 9279, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS).

La notificación al comprador produce *ipso iure*, de modo automático, la resolución de la venta, por lo que la sentencia judicial que eventualmente se dicte es meramente declarativa y no constitutiva (SSTS de 20 de febrero de 1995, *RJ* 1995, 885, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, 21 de junio de 1996, *RJ* 1996, 5108, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA). Por ello, los efectos resolutorios ya se han producido *ipso iure* (fruto del requerimiento, como enfatizan las SSTS de 18 de octubre de 1994, *RJ* 1994, 7486, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, 7 de noviembre de 1996, *RJ* 1996, 7914, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL, 19 de julio de 2010, *RJ* 2010, 6557, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ y 18 de enero de 2013, *RJ* 2013, 1820, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS) y *ex tunc*, desde la celebración del negocio, esto es, como si no se hubiera celebrado (entre otras, las SSTS de 11 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4444, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, 11 de octubre de 1995, *RJ* 1995, 7405, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, 24 de julio de 1999, *RJ* 1999, 6356, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA, 15 de julio de 2003, *RJ* 2003, 4636, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ y 4 de julio de 2011, *RJ* 2011, 5964, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS).

De modo que, si la sentencia la reconoce bien hecha, declarará lo ya constituido (con efecto retroactivo) por la resolución (SSTS de 23 de enero de 1999, *RJ* 1999, 419, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES y 15 de diciembre de 2011, *RJ* 2012, 295, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Javier ARROYO FIESTAS); y si la considera mal hecha, la declarará no operada (o «*la rechaza*» conforme a la STS de 30 de mayo de 2012, *RJ* 2012, 6546, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN), y lo hecho —fruto del carácter constitutivo de la resolución— se deshará<sup>20</sup>.

Por eso, se ha dicho que la resolución contractual *ex* artículo 1504 del Código civil no tiene base bilateral ni judicial, sino puramente unilateral, pues produce sus efectos sin necesidad de contar con el consentimiento de la contraparte, y aunque la contraparte no se allane u objete (SSTS de 29 de abril de 1998, *RJ* 1998, 3269, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN y de 28 de enero de 1999, *RJ* 1999, 328, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES). De ahí que la STS de 17 de julio de 2007, *RJ* 2007, 4939, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE, en esta misma línea, señale que la resolución se produce automáticamente por la notificación notarial de resolución al comprador, sin perjuicio de poder dis-



cutirla el comprador en juicio, que obviamente no impide la venta de la finca por el vendedor a otra persona (esto es, se presupone que la reinscripción del dominio a favor del vendedor —que permite su venta a tercero— tiene lugar aunque el comprador discuta en juicio su procedencia u oportunidad).

3) Por último, y aunque este quizá sea el único elemento polémico a la vista de la jurisprudencia que luego se señalará, en la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil no cabe integración o moderación judicial alguna, ni resulta relevante la valoración por el juez de la entidad objetiva de la gravedad o seriedad del incumplimiento del pago (cuantitativo, temporal, etc.). «*Resulta indudable que el artículo 1504 del Código civil quiere excluir la aplicación del artículo 1124, párrafo tercero*»<sup>21</sup>. Practicado el requerimiento resolutorio del vendedor, el juez no puede ya conceder plazo de cumplimiento (SSTS de 4 de diciembre de 1999, *RJ* 1999, 9011, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES; y 29 de diciembre de 1997, *RJ* 1997, 9605, ponente: Excmo. Sr. D. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ).

«[...] cuando [el comprador] trató de abonar la cantidad últimamente aludida fue después de haber recibido el expresado requerimiento resolutorio del contrato, acerca de lo cual también tiene declarado esta Sala que, una vez hecho por el vendedor al comprador el requerimiento resolutorio a que se refiere el artículo 1504 del Código civil, no puede el juez concederle un nuevo plazo o moratoria para el pago —Sentencias de 26 de enero de 1988 (*RJ* 1988, 1147), 2 de junio de 1989 (*RJ* 1989, 4287), 9 de marzo de 1990 (*RJ* 1990, 1684), entre otras—.» (STS de 7 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4430, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES).

Y es que, mientras que en la solución *ex* artículo 1124 del Código civil «*puede el juez constatar la existencia de un verdadero incumplimiento, y la concurrencia de circunstancias que autorizan a conceder plazo [...] [e]n el supuesto del artículo 1504, el juez se ha de limitar a comprobar la carencia de ejecución de la prestación en el tiempo convenido, y en ningún caso puede conceder mayor dilación*»<sup>22</sup>.

Tales perfiles tienen particular aplicación no en cualquier compraventa inmobiliaria con precio aplazado, sino cuando, específicamente, se pacta la posibilidad de resolución por falta de pago del precio aplazado al tiempo debido, como ocurre en este caso.

## 2. LOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARTÍCULO 1504 CÓDIGO CIVIL Y SU APLICACIÓN PRECISAMENTE A LOS CASOS EN LOS QUE CONSTE UN PACTO DE *LEX COMMISSORIA*

Es este pacto de *lex commissoria* al que específicamente se refieren los artículos 11 LH y 59 RH como la «*estipulación agregada al contrato de*

*compraventa de bienes inmuebles en cuya virtud, la falta de pago de todo o parte del precio aplazado dentro del tiempo convenido da lugar de pleno derecho a la resolución del contrato una vez efectuada por el vendedor, o por sus causahabientes, al comprador (o a sus causahabientes) la notificación, judicial o notarial, haciéndole saber que ha decidido optar por la resolución»<sup>23</sup>.*

Pacto que, arrancando del derecho romano («*Cum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus est*», Digesto 18, 3, 2), pasa al derecho intermedio, en el que se añade precisamente el requisito de la comunicación al comprador para que pudiera darse por cumplida la CRE pactada y surtir sus efectos extintivos respecto de la venta, y se codifica finalmente en el artículo 1504 del Código civil (tras incluirse como art. 1433 del proyecto de CC de 1851), siguiendo de cerca la estela del artículo 1656 del Código civil francés:

*«Si se ha estipulado en la venta de inmuebles que, por falta de pago del precio dentro del plazo convenido, la venta quedará resuelta de pleno derecho, el adquirente puede, sin embargo, pagar después de la expiración del plazo, en tanto no haya sido puesto en mora por un requerimiento; pero después de este requerimiento, el juez no puede concederle nuevo plazo».*

Así lo reconoce la STS de 4 de julio de 2005, RJ 2005, 5275, ponente. Excmo. Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL:

*«El pacto por el que vendedor y comprador consienten en que, si el precio no se paga en el día señalado, se resuelva automáticamente el vínculo contractual, previsto en el Digesto (18.3.2: *quum venditor fundi in lege ita caverit: «si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit»*, ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur), declarado válido en las Partidas (5.5.38: *otrosi dezimos que si el vendedor, e el comprador pone pleyto entresi que el comprador pague el precio a dia señalado e si no lo pagare aquel dia que sea desfecha porende la vendida, que tal pleyto como este es valedero... e desfazese la vendida*), así como en el Proyecto de Código civil de 1851 (art. 1433), que lo tomó del artículo 1656 del Código francés, está sujeto en el artículo 1504 del Código civil a una limitación de la autonomía de la voluntad de las partes, pues, al permitir al comprador un pago liberatorio retrasado, pese a que lo pactado hubiera sido otra cosa, priva de entidad resolutoria al mero incumplimiento, mientras no haya sido requerido el deudor por el vendedor, por vía judicial o notarial».*

El codificador de 1889 incurre sin embargo en un desliz del que no adolece el modelo francés: mientras que el artículo 1656 del Código francés es aplicable exclusivamente «*[s]i se ha estipulado en la venta de inmuebles que, por falta de pago del precio dentro del plazo convenido, la venta quedará*

*resuelta de pleno derecho*», el artículo 1504 del Código civil recoge el régimen aplicable a la venta de bienes inmuebles, «*aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato*» y, en consecuencia, en una interpretación literal, a toda compraventa inmobiliaria con precio aplazado, tanto cuando se haya pactado una *lex commissoria*, como cuando no. Desde un punto de vista gramatical, la locución «*aun cuando*» puede tanto introducir una subordinada concesiva (actuando como equivalente a «*aunque*») como una subordinada inclusiva (actuando como equivalente a «*incluso*»). Gramaticalmente, por tanto, puede interpretarse correctamente el precepto en el sentido de que en la compraventa de inmuebles el comprador podrá pagar tardíamente «*aunque*» se hubiere pactado la resolución del contrato de pleno derecho por falta de pago del precio en el plazo convenido, o «*incluso*» si se hubiere pactado la resolución del contrato de pleno derecho por falta de pago del precio en el plazo convenido.

El análisis de los antecedentes históricos del artículo 1504 del Código civil, tanto en el derecho romano, como en el derecho intermedio en España y Francia, y el artículo 1656 del Código francés, lleva a la conclusión sin embargo de que el ámbito correcto de aplicación del artículo 1504 del Código civil debiera ser, única y exclusivamente, la compraventa con pacto de *lex commissoria*<sup>24</sup>. De forma que, faltando una CRE, la resolución de una compraventa inmobiliaria con precio aplazado debería operar conforme a la regla general de la resolución del artículo 1124 del Código civil, a la que remite el artículo 1506 del Código civil:

*«Rigurosamente entendido, el artículo 1504 se aplica a las compraventas con pacto resolutorio expreso, aunque este pacto prevé una resolución automática o de pleno derecho. En el mismo sentido, si el pacto resolutorio expreso falta, la resolución solo puede entrar en juego por la vía del artículo 1124 [...]»*<sup>25</sup>.

*«Pero si en el primer caso [cuando hay condición resolutoria expresa] su función [la del artículo 1504 CC] es clara, impidiendo el efecto automático del pacto resolutorio, y privando en contrapartida al comprador de la posibilidad de obtener más plazo una vez que ya ha sido requerido, en el segundo [cuando no hay pacto de *lex commissoria*], como luego se dirá, su función es menos clara, ya que la interpretación hoy sostenida por el Tribunal Supremo parece no ver otra finalidad que la ya mencionada exclusión de la prórroga del plazo, sin beneficio reseñable alguno para el comprador»*<sup>26</sup>.

*«Tal y como las cosas se presentan ahora, la distinción entre el supuesto del artículo 1504 y la hipótesis del 1124 se produce con entera facilidad cuando se piensa en el concreto problema que trata de resolver el precepto del artículo 1504: el vendedor ha entregado la cosa, ha transcurrido el plazo sin que el comprador haya pagado el precio, y estaba convenido expresamente que se resolvería de pleno derecho la relación derivada del contrato de compraventa. Este es un supuesto*

*claramente comprendido en el artículo 1504 [...] Son por el contrario muy dudosos los supuestos de falta de pacto expreso»; «En una compraventa de bienes inmuebles, en la que nada se ha dicho sobre la resolución, se habrá de aplicar el régimen general que, por remisión de artículo 1506, será el del artículo 1124»<sup>27</sup>.*

El sentido que introduce la locución «*aun cuando*» no es por tanto imponer la aplicación del precepto tanto cuando se ha pactado una condición resolutoria expresa como cuando no (que sería la interpretación gramatical correcta si esa locución tuviera el valor de la conjunción «*aunque*», como hacía expresamente el art. 1433 del proyecto de Código civil de 1851<sup>28</sup>), sino entender aplicable el precepto cuando se ha pactado una condición resolutoria expresa (y solo en ese caso) *incluso* si se hubiera pactado que la llegada del plazo sin haberse verificado el pago producirá automáticamente la resolución de la venta. El codificador no quiere extender este precepto a cualquier compraventa inmobiliaria con precio aplazado (aunque no tenga pacto de *lex commissoria*), sino apenas a las compraventas con precio aplazado con pacto de *lex commissoria*, pero incluso en el caso de que el pacto de *lex commissoria* acordado adoptase la formulación extrema del «*dies interpellat pro homine*»: incluso habiéndose pactado expresamente la resolución de pleno derecho de la venta por la llegada del término sin haberse verificado el pago, puede el comprador pagar tardíamente (impidiendo la resolución de la venta) «*interin no haya sido requerido [de resolución] judicialmente o por acta notarial*» por el vendedor<sup>29</sup>.

3. La jurisprudencia favorable a la integración de la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil como un género dentro de la especie de la resolución general del artículo 1124 del Código civil y la jurisprudencia favorable a la singularidad de la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil, en especial en los casos de pacto de *lex commissoria*.

Pese a lo anterior, de la utilización en el artículo 1504 del Código civil de las partículas «*aun cuando*» en lugar de solamente «*cuando*» ha resultado una jurisprudencia que, durante décadas, aplica el artículo 1504 del Código civil a toda compraventa inmobiliaria con precio aplazado, pese a que no se hubiera pactado una *lex commissoria* y, lo que es más grave, una jurisprudencia y doctrinas —aquí sí, ya superadas— que permitía integrar el artículo 1504 del Código civil con los conceptos y la jurisprudencia del artículo 1124 del Código civil en torno a la relevancia o entidad de la prestación de pago del precio incumplida incluso (aunque es verdad que excepcionalmente, como se refleja más abajo) en casos en los que existía un pacto de *lex commissoria*.

Si bien es dable conceder que esta doctrina jurisprudencial favorable a integrar la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil con las categorías de la resolución general del artículo 1124 del Código civil ha sido mayoritaria desde la década de los cuarenta hasta fechas recientes, ha convivido con otra línea jurisprudencial favorable a autonomizar o independizar la

resolución del artículo 1504 del Código civil de los conceptos propios de la resolución general del artículo 1124 del Código civil (en particular, en torno a la entidad o gravedad del incumplimiento), en especial en los casos en los que existía pacto de *lex commissoria*; una línea jurisprudencial más objetiva, que anuda la resolución a la mera notificación del vendedor ante el impago del precio aplazado en el plazo debido, cualquiera que haya sido la relevancia o entidad temporal o cuantitativa del impago. Es una línea que se abre con la STS de 13 de febrero de 1959 (*RJ* 1959, 479) que luego analizaré detenidamente.

La primera sentencia que abre la doctrina jurisprudencial favorable a la integración del artículo 1504 y el artículo 1124 del Código civil (la STS de 28 de enero de 1944, *RJ* 1944, 223, ponente: Excmo. Sr. D. Manuel DE LA PLAZA) es, curiosamente, una sentencia sobre una compraventa en la que no existía cláusula resolutoria explícita (el Tribunal Supremo no concede la resolución porque el vendedor había aceptado un pago parcial después de expirado el plazo y en la víspera de la resolución, lo que conduce al tribunal a concluir que había habido una prórroga tácita).

La Prof.<sup>a</sup> GREGORACI<sup>30</sup> ha hecho un análisis pormenorizado de 250 sentencias del Tribunal Supremo, dictadas entre los años 1959 y 2014 en las que se acoge esta doctrina, para llegar a la conclusión de que, de esas 250 sentencias, en tan solo 76 había, en efecto, una CRE. De estas 76, en 41 casos, el Supremo estimó la pretensión resolutoria del vendedor, mientras que en 33 la desestimó. Pero las razones de la desestimación de la resolución, sin embargo, no fueron la falta de entidad o gravedad del incumplimiento del pago del precio aplazado, ni la asunción de las categorías de la voluntad «*deliberadamente rebelde al cumplimiento*» en la jurisprudencia más antigua y abandonada del artículo 1124 del Código civil o de la «*frustración del fin económico-jurídico del contrato*» en la jurisprudencia posterior sino:

1) Un ejercicio de la facultad de resolver contrario a la buena fe (es el caso de las SSTS de 26 de enero de 1980, *RJ* 1980, 167, ponente: Excmo. Sr. D. Carlos DE LA VEGA BENAYÁS; 2 de febrero de 1984, *RJ* 1984, 571, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ o 7 de marzo de 2008, *RJ* 2008, 2939, ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis MONTÉS PENADÉS; 31 de enero de 1994, *RJ* 1994, 639, ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE);

2) La existencia de indeterminación en cuanto al precio debido (STS de 15 de febrero de 1991, *RJ* 1991, 1442, Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE o 21 de marzo de 1980, *RJ* 1980, 1131, ponente: Excmo. Sr. D. Jaime DE CASTRO) o en cuanto al momento en que era debido (STS de 2 de julio de 1991, *RJ* 1991, 5317, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALÁ TRILLO FIGUEROA);

3) No se había incumplido la obligación de pago del precio aplazado que justifica la resolución, pues el comprador había pagado tardíamente pero antes de recibir la notificación de resolución del vendedor (SSTS de 15 de abril de 1981, *RJ* 1981, 1655, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael CASARES ALVAREZ; de 15 de abril de 1982, *RJ* 1982, 1952, ponente: Excmo. Sr. D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO; de 30 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1137, ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio SERENA VELLOSO y de 31 de octubre de 1968, *RJ* 1968, 4925, ponente: Excmo. Sr. D. Julio CALVILLO MARTÍNEZ o, incluso, la STS de 13 de febrero de 2009, *RJ* 2009, 1489, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE o la de 7 de julio de 1987, *RJ* 1987, 5181, ponente: Excmo. Sr. D. Ramón LÓPEZ VILAS; de 24 de junio de 1968, *RJ* 1968, 3279, ponente: Excmo. Sr. D. José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO o de 30 de diciembre de 1955, *RJ* 1956, 241, ponente: Excmo. Sr. D. Saturnino LÓPEZ PECES);

4) El vendedor había incumplido previamente (SSTS de 15 de abril de 1981, *RJ* 1981, 1655, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael CASARES CÓRDOBA; de 21 de marzo de 1989, *RJ* 1989, 2188, ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE; de 30 de marzo de 1990, *RJ* 1990, 1740, ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ; de 22 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3828, ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo BURGOS PÉREZ DE ANDRADE; de 18 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3991, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ);

5) Porque el vendedor no había hecho correctamente la notificación de resolución (SSTS de 1 de mayo de 1946, *RJ* 1946, 558 ponente: Excmo. Sr. D. Federico PARERA ALBELLO o 15 de noviembre de 1989, *RJ* 1989, 7885, ponente: Excmo. Sr. D. Luis MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ) o, en fin, porque no había habido un retraso en la prestación que permitiera la resolución (STS de 15 de noviembre de 1999, *RJ* 1999, 8217, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL).

De esas 33 sentencias en las que, pese a existir una CRE, el Tribunal Supremo no concede la resolución instada por el vendedor, tan solo hay 6 en las que la CRE constaba en escritura pública (los antecedentes de las sentencias no permiten colegir si existía o no inscripción). Y de esas 6 sentencias, la desestimación de la resolución instada por el vendedor se debe:

1) A la ausencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones por parte del comprador, en las tres más antiguas (SSTS de 24 de junio de 1968, de 21 de marzo de 1980, *RJ* 1980, 1131 y de 21 de marzo de 1989, *RJ* 1989, 2188),

2) A la inexistencia de incumplimiento o de impago duradero justificador de la resolución de la compraventa (SSTS de 4 de octubre de 1996, *RJ* 1996, 7036 y de 26 de noviembre de 1999, *RJ* 1999, 8436), o



3) A que la conducta del comprador no pudiera calificarse como obstativa al cumplimiento del fin del contrato (STS de 21 de julio de 1990, *RJ* 1990, 6124).

Todo esto viene a indicar que, si bien es cierto que ha existido una jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha aplicado los conceptos y la doctrina del artículo 1124 del Código civil en compraventas inmobiliarias con precio aplazado, en solo una parte residual de los casos encausados existía en realidad una CRE; de esos casos en los que existía una CRE, en la inmensa mayoría (en 58 de las 76 sentencias), la CRE constaba en contrato privado, y, en consecuencia, no había sido inscrita. De los 15 únicos casos en los que la condición resolutoria constaba en escritura pública (y, por tanto, con posibilidad de que hubiera accedido al registro de la propiedad), se estima la resolución instada por el vendedor en 9 casos y se desestima solo en 6 casos, por los motivos antedichos, ninguno de los cuales obviamente tiene que ver con la falta de aquietamiento con la resolución por parte del comprador.

Por tanto y en conclusión, el Tribunal Supremo ha estimado de forma abrumadora la pretensión resolutoria del vendedor beneficiario de una CRE, en especial si constaba en escritura pública (y, previsiblemente, estaba inscrita), exigiendo la mera notificación de resolución judicial o notarial tras el incumplimiento de la obligación de pago del precio aplazado, sin reparar en la gravedad cuantitativa o temporal del incumplimiento o en cualquier otra consideración y, solo residualmente, y en sentencias con más de 20 años de antigüedad, ha denegado la resolución al vendedor.

Casi desde el mismo momento en que irrumpe a partir del año 1944 esta línea jurisprudencial favorable a integrar el artículo 1504 del Código civil en el artículo 1124 del Código civil (con escasa aplicación práctica, como hemos visto, a compraventas con pacto de *lex commissoria*, y aún menos, a compraventas con pacto de *lex commissoria* en escritura pública y, probablemente, inscrito), se ha ido abriendo paso una doctrina jurisprudencial en contradicción con la anterior, que reconoce la autonomía y singularidad de la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil, en especial en los casos en los que existe pacto de ley comisorio y, más aún, si está inscrita.

Es una línea que se abre con la STS de 13 de febrero de 1959, *RJ* 1959, 479, ponente: Excmo. Sr. D. Pablo MURGA CASTRO:

«[...] si bien el artículo 1124 del Código civil concede a las partes el derecho a resolver las obligaciones contraídas, por ser implícita tal facultad en las recíprocas, en los casos en los que alguna de ellas no cumpla lo que de buen grado aceptó, dicho precepto no tiene aplicación en los casos, como el actual, en que se trata de exigir la ejecución de un contrato que hace relación a la transmisión de un inmueble, por existir, para regularla, una disposición

*específica, la contenida en el artículo 1504, que prescribe que aún cuando haya vencido el término para satisfacer el precio aplazado y figure pactado que por falta de pago se produce la resolución del contrato, el comprador podrá abonarlo, aun después de expirado, sino hubiera sido de modo formal requerido notarial o judicialmente, para que cumpla su compromiso».*

Y que se recoge a partir de ahí hasta nuestros días.

Bien, con carácter general (o sea, en relación a la facultad de las partes de dar alcance resolutorio al incumplimiento de cualquier obligación, aunque no sea el pago del precio aplazado en una compraventa inmobiliaria):

*«Hemos de partir [...] de la doctrina jurisprudencial de esta Sala, recientemente reiterada, con cita de otras precedentes, en las Sentencias 736/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 5899) [...] y 220/2016, de 7 de abril (JUR 2016, 75817) [...]. Ha declarado esta última: “De la doctrina jurisprudencial de esta Sala resulta que solo si las partes quisieron dar al plazo de entrega carácter esencial con efectos resolutorios explícitos, el retraso del vendedor en la entrega ampara la resolución. Esto es así, porque, como recuerda la Sentencia 736/2015, de 30 de diciembre (RJ 2015, 5899), con cita de la Sentencia 239/2010, de 30 de abril (RJ 2010, 4360), ‘el artículo 1255 del Código civil permite a las partes tipificar determinados incumplimientos como resolutorios al margen de que objetivamente puedan considerarse o no graves o, si se quiere, al margen de que conforme al artículo 1124 del Código civil tengan o no trascendencia resolutoria’. Es decir, ‘no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento’, y en idéntico sentido se pronuncia la Sentencia 364/2015, de 28 de junio (RJ 2015, 3884)” (STS de 25 de mayo de 2016, RJ 2016, 4301, ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Fernando PANTALEÓN PRIETO)».*

*«[...] no es necesario valorar si un mero retraso puede generar la resolución del contrato cuando son las propias partes las que contractualmente determinan los efectos del incumplimiento» (STS de 28 de junio de 2015, RJ 2015, 3884, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ).*

Bien en el ámbito concreto del incumplimiento del pago del precio aplazado en la compraventa inmobiliaria, como en la STS de 5 de diciembre de 2003, RJ 2003, 8786, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ:

*«El pacto comisorio, contemplado en el artículo 1504 del Código civil es una garantía para el vendedor de cosa inmueble; en un supuesto de resolución de contrato por incumplimiento de la obligación esencial de pago, puede estar añadida, como en el presente caso, la condición resolutoria expresa. El incum-*



*plimiento de la obligación de pago puede ser total o parcial; en todo caso, básico y esencial. El incumplimiento de la obligación de pago produce el efecto de resolver el contrato de compraventa, con efecto retroactivo, con efectos ex tunc lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio o se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido».*

En el Auto del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011, *JUR* 2011, 350448, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XÍOL RÍOS:

*«[...] la sentencia de apelación, tras el examen de los hechos y la valoración de la prueba concluye que en el presente caso parece evidente que la parte demandante (hoy recurrida) no articula su pretensión de resolución sobre la base de la preceptiva del artículo 1124 del Código civil, sino que lo hace en virtud de la cláusula de resolución expresa que se contiene en el contrato de compraventa que, si bien es análoga a la del artículo 1124 del Código civil, cierto es que se está ejercitando una acción de resolución en virtud del “pacto de lex commissoria” y que existe una reiterada doctrina de esta Sala manteniendo que no procede la aplicación del artículo 1124 del Código civil, por no entrar en juego su reglamentación, cuando en el contrato existe “pacto de lex commissoria” y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente, por aplicación del artículo 1091 del Código civil».*

En la STS de 6 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6953, ponente: Excma. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS:

*«En la actualidad la doctrina de esta Sala acerca del incumplimiento resolutorio no exige esta deliberada y rebelde voluntad, sino que en base a criterios más objetivos, se entiende que en este caso se produce un incumplimiento esencial, que impide al acreedor obtener aquello buscado con la conclusión del contrato que en la compraventa es el precio. Por tanto, debe concluirse que este incumplimiento se produjo, puesto que consta probado que el precio aun no se ha pagado, ni tan solo se ha consignado, de modo que se han cumplido los requisitos exigidos por esta Sala para la efectividad de la resolución del contrato de compraventa por falta de pago del precio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1504 del Código civil».*

En la STS de 20 de febrero de 1995, *RJ* 1995, 884, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES:

*«Y téngase en cuenta que, no atacada la concurrencia del requerimiento del artículo 1504 del Código civil [...], el Juez no puede conceder nuevo término*

*para el pago, pues el requerimiento no alude a este, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación; y la “lex commissoria” explícita produjo sus efectos de modo automático, “ipso iure”, una vez notificada notarialmente la voluntad resolutoria, siendo el fallo judicial solo necesario para constatar dicha resolución cuando el afectado por ella se niega a sus consecuencias (Sentencia de 9 marzo 1989, RJ 1989, 2029)».*

En la STS de 9 de marzo de 1989, RJ 1989, 2029, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES:

*«[...] aunque la lex comisoria explícita produjo sus efectos de modo automático, ipso iure, una vez notificada notarialmente la voluntad resolutoria, por lo que, cual dice la Sala de instancia y como se ha entrecomillado en el fundamento anterior, en nada empece el que después de la resolución se otorgase escritura pública por el titular registral a favor de don David P.P. porque el fallo judicial solo es necesario para constatar dicha resolución cuando el afectado por ella se niega a sus consecuencias pero prueba de que la extinción del contrato se produjo es que el juez ya no puede concederle nuevo término para el pago; sí, pues, ya no se puede pagar y el incumplimiento produce la resolución, el fallo judicial tiene como única finalidad evitar el que quien tiene el derecho, cual dice el recurrente “se toma la justicia por su mano”, lo que indica que esa justicia, ese derecho, ya existían por disposición de la Ley y voluntad de los contratantes, más el requisito del requerimiento a través de notario, todo lo cual hace decaer igualmente el motivo tercero, basado, equivocadamente, en que la resolución no se produce hasta que recaiga el fallo de los Tribunales, pues esto solo es necesario para la efectividad de la resolución, no de la resolución en sí, que se produce de pleno derecho una vez que el vendedor ha optado por la misma y lo ha puesto en conocimiento del comprador mediante una de las formas previstas por el artículo 1504 del Código civil, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos jurídicos».*

En la STS de 18 de octubre de 2004, RJ 2004, 6571, ponente: Excmo. Sr. D. Rafael RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES:

*«En resumen, y tratándose, en el caso enjuiciado, de una compraventa de bienes inmuebles, el artículo 1504 Código civil adiciona sobre el 1124 del mismo, que dicta la regla general sobre la forma y efectos de producirse la resolución de las obligaciones sinalagmáticas, la especialidad llamada en la doctrina del “pacto de lex commissoria”, o más reducidamente, “pacto comisorio”, sin perderse, en principio, las exigencias del mismo, por las reglas de aquel, lo que ha llevado en su día a la jurisprudencia a imponer también para que tenga lugar la facultad resolutoria la voluntad “deliberadamente rebelde”*

*del deudor a no pagar definitivamente el precio pactado, exigencia hoy ya más ponderada en el caso de que se trata, si existe el aludido pacto, habiéndose dulcificado, con ello, dichas exigencias, bastando, pues, el requerimiento obstativo al pago, y admitiéndose, en fin, que pueda insertarse en él, otro, de reclamación previa, y por corto plazo, del precio, que si no se atiende, y ya sin más plazos, hará funcionar automáticamente al de carácter resolutorio [...]».*

En la STS de 17 de julio de 2007, RJ 2007, 4939, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE:

*«En cualquier caso, cursado el referido requerimiento, como ocurrió en el caso de autos, la resolución, concluye la antedicha Sentencia de 28 de enero de 1999, se produce de manera automática, pudiendo ejercitarse ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a voluntad del acreedor, a reserva, claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquella sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho».*

En la STS de 31 de diciembre de 1991, RJ 1991, 9272, ponente: Excmo. Sr. D. José Luis ALBACAR LÓPEZ:

*«[...] no exige un incumplimiento total y pleno de la obligación principal del contrato, sino que procede en cuantos supuestos se cumpla la condición a cuya existencia se haya subordinado la resolución pactada [...]».*

O en la STS de 20 de noviembre de 2018, La Ley 2018/177035, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo BAENA RUIZ:

*«Sin ánimo exhaustivo la Sentencia de 4 de abril de 1990 recoge que: Es doctrina reiterada de esta Sala que no procede la aplicación del artículo 1124 del Código civil por no entrar en juego o reglamentación, cuando en el contrato existe pacto de lex commissoria, es decir, cuando hay cláusula establecida por las partes que regula y condiciona el ejercicio de la resolución (S 4 de mayo de 1972) y si se dispone que el incumplimiento de la prestación funcione como condición resolutoria, entonces la resolución se produce automáticamente y no por la “facultad” de resolver que otorga el dicho artículo 1124 (SS 1 de mayo de 1946, 18 de diciembre de 1956, 23 de noviembre de 1964, 8 de mayo de 1965, 24 de febrero de 1966 y 30 de mayo de 76)».*

Otros exponentes de esta misma línea jurisprudencial que llega hasta nuestros días son las SSTS de 9 de octubre de 1989, RJ 1989, 6897, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO; de 22 de diciembre

de 1992, *RJ* 1992, 10693, ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ; 22 de octubre de 2002, La Ley 1006/2003, ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo ORTEGA TORRES y de 11 de julio de 2008, *RJ* 2008, 6277, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE.

De todo lo anterior resulta que la jurisprudencia actual confirma de modo indudable la singularidad de la resolución de la compraventa al amparo del artículo 1504 del Código civil, en especial en los casos en los que se pactó una *lex commissoria*, sin que las nociones (mucho más objetivas y centradas en el interés del contratante *in bonis*, en el entendimiento actual tanto jurisprudencial como doctrinal) propias de la resolución por incumplimiento como remedio general frente al incumplimiento esencial de obligaciones recíprocas del artículo 1124 del Código civil encuentren aplicación en sede del artículo 1504 del Código civil. En este, para que se produzca el efecto resolutorio, se requiere única y exclusivamente que el vendedor haya hecho uso de su facultad de resolver la venta mediante notificación judicial o notarial al comprador realizada después de que hubiera vencido el plazo de pago del precio aplazado (y, obviamente, siempre que el vendedor hubiera cumplido sus obligaciones). Si el requerimiento resolutorio formal llega al comprador, se produce en tal caso la resolución *ipso iure*, cualquiera que sea la actitud (favorable o resistente a la resolución) del comprador. Evidentemente, el comprador, si entiende que no ha habido impago, podrá acudir ante los tribunales para atacar la resolución operada por el vendedor. El vendedor, por su parte, si el comprador no se conforma con la resolución y con los efectos restitutorios de esta, precisará acudir ante los tribunales para que estos declaren la corrección de la resolución y condene al comprador a la restitución y, en su caso, al resto de las consecuencias jurídicas que procedan.

Resultan del todo irrelevantes en el análisis acerca de la resolución operada en virtud del artículo 1504 del Código civil las consideraciones sobre si la falta de pago se prolongó o no mucho en el tiempo tras la fecha debida, o si la cuantía impagada era o no cuantitativamente importante en el total del precio, o si el comprador incumplió por indisponibilidad monetaria temporal. Solo es preciso para la resolución que la falta de pago indicada para la resolución de la venta no sea imputable al vendedor, que exista impago en los términos previstos por la cláusula resolutoria expresa y que la notificación de resolución se practique con la formalidad notarial o judicial exigida por la ley.

En el caso resuelto por la RDGSJFP de 15 de enero de 2021, la prestación característica del vendedor (la entrega de la cosa vendida) estaba cumplida (la finca vendida estaba inscrita a favor del comprador y se había entregado su posesión). El comprador no imputa al vendedor incumplimiento alguno, sino que se limita a alegar que la falta de pago del precio

aplazado no le es imputable, así como la improcedencia de la resolución realizada por el vendedor, impugnando la validez de la propia escritura de compraventa, de la CRE y de la cláusula penal allí pactadas. Sin embargo, con base en la jurisprudencia arriba indicada resulta que la compraventa quedó válidamente resuelta, de forma automática, *ipso iure* y con efectos *ex tunc* desde el momento en que el vendedor notificó al comprador el acta notarial de resolución, siendo irrelevante la oposición del comprador, infringiendo así la RDGSJFP de 15 de enero de 2021 la doctrina jurisprudencial expuesta, al negar al vendedor su derecho a reinscribir el dominio de la finca vendida, cualquiera que sea la postura del comprador al respecto.

### III. LA CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA

Aunque se hable de «condición resolutoria explícita» (art. 11 LH), el pacto de *lex commissoria* en la compraventa no es verdaderamente una condición resolutoria en el sentido de los artículos 1113, 1114 y 1123 del Código civil, pues la característica propia de las *condiciones* de eficacia de las obligaciones es que sus efectos resolutorios o desencadenantes de la eficacia de las obligaciones operan automáticamente, con independencia de la voluntad de las partes. No puede ser por eso una pura «condición resolutoria» porque admitir su efecto automático sería tanto como dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio del comprador que, dejando de pagar el precio, podría desvincularse del contrato, en contra del fundamental principio de nuestro derecho de contratos que consagra el artículo 1256 del Código civil. Esto es, operando como pura condición de eficacia, más que proteger al vendedor acreedor de la prestación pendiente, serviría como cauce de apartamiento del contrato para quien es el deudor de la prestación del precio, el comprador. De ahí que, ya desde el final del derecho romano, y en el *ius commune*, pasara a configurarse como un pacto de resolución (*sit inemptus*), de forma que el efecto extintivo sobre el negocio está supeditado al *si volet* del vendedor. O que se viera en el pacto de *lex commissoria* una condición resolutoria *potestativa* para el vendedor, de tal manera que el ejercicio descansa en una doble premisa:

- 1) el impago del precio aplazado; y
- 2) la opción expresa, formal y recepticia del vendedor por la resolución.

No hay en esta configuración del pacto como facultad resolutoria potestativa a favor del vendedor contradicción alguna con el artículo 1115 del Código civil, precisamente porque se establece a favor del acreedor de la prestación (el vendedor) y no del deudor (el comprador), siendo la presta-

ción del vendedor (la entrega de la cosa) firme e incondicionada (se haya cumplido o no al tiempo de la resolución), y apoyada en la conducta del deudor (el comprador):

«[...] *El incumplimiento de la obligación derivada del contrato [de compraventa con precio aplazado] no es, en sí mismo, una condición: es una conducta que la ley repudia y sanciona, por contraria a Derecho, que puede dar lugar a la resolución. El pacto comisorio sí es una condición resolutoria, que, si se cumple, produce la resolución. En el presente caso, se pactó una condición resolutoria explícita, pero con cláusula penal, en estos términos literales: «la falta de pago en su respectivo vencimiento de cualquiera de los plazos señalados, tendrá el carácter de condición resolutoria explícita, que producirá sus efectos de conformidad y con sujeción a lo prevenido en los artículos 1504 del Código civil y 59 del vigente Reglamento Hipotecario, quedando el importe de los plazos anteriores en beneficio del vendedor, como cláusula penal e indemnización por el uso de la finca». Por tanto, siendo una condición resolutoria, no da lugar a la restitución de la parte del precio pagado, por imperativo de la cláusula penal. Por lo cual, estos motivos se desestiman»* (STS de 5 de diciembre de 2003, RJ 2003, 8786, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ).

Así lo entiende igualmente la doctrina:

«*La lex commissoria atribuye al vendedor un derecho, no una obligación, de pedir la resolución de la venta. De otra manera, se estaría a merced del comprador resolver la venta no pagando el precio, cuando ya no le interesa la compra por otras razones, como el deterioro posterior de la cosa comprada. Por esto, la lex commissoria se establece solo venditoris causa y por lo tanto prevalece su posición de intereses, y no estará obligado, en contra de su voluntad, a hacerse cargo nuevamente del riesgo de los deterioros, puesto que estos corren a cargo del comprador desde que es la compra perfecta*»<sup>31</sup>.

«*Respecto de estas compraventas con pacto de resolución automática, la ratio de la norma del artículo 1504 del Código civil se revela particularmente clara [...]: enervar el automatismo del pacto comisorio, ya que, ni aún con él, el mero incumplimiento del comprador producirá ipso iure la resolución de la compraventa inmobiliaria; la producción de este efecto resolutorio presupone, para el vendedor cumplidor, la carga del requerimiento formal resolutorio a que alude el repetido precepto*»<sup>32</sup>.

El requerimiento resolutorio es un «*acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad y al que la ley añade unas determinadas consecuencias jurídicas en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio o de uno de sus plazos*»

(SSTS de 27 de abril de 1988, *RJ* 1988, 3282, ponente: Excmo. Sr. D. Juan LATOUR BROTONS; y 4 de julio de 2011, *RJ* 2011, 5964, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XÍOL RÍOS). Depende, por tanto, de la voluntad del vendedor (matizada, obviamente, por el cumplimiento de los presupuestos de hecho de la resolución), lo que hace que no dependa solo de la voluntad del vendedor, pero que tampoco reclame, para desplegar toda su virtualidad jurídica, el consentimiento del comprador, sino apenas que se ponga en su conocimiento (*«es requisito indispensable que el requerimiento resolutorio que dicho precepto prescribe, en cuanto declaración recepticia que es, llegue a conocimiento del comprador, debiendo tenerse por no hecho si tal conocimiento no llega a producirse, por causa que no sea imputable al propio comprador»*) en palabras de la STS de 15 de noviembre de 1999, *RJ* 1999, 8213, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES; en idéntico sentido la STS de 28 de septiembre de 2001, *RJ* 2001, 7138, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA).

Son requisitos de la resolución de la compraventa en ejercicio de un pacto de ley comisoría:

1) El impago de todo o parte del precio aplazado en el plazo convenido, o de los intereses (si así se ha pactado) (SSTS de 3 de mayo de 1994, *RJ* 1994, 3558, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS y de 30 de junio de 2003 *RJ* 2003, 4320, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN; y RRDGRN de 2 de febrero de 1990, 1 y 29 de junio de 1992, y 6 de julio de 1992, *RJ* 1990, 727, *RJ* 1992, 5814, *RJ* 1992, 5951, *RJ* 1992, 6521, respectivamente).

2) La opción por la resolución del vendedor, efectuada judicial o notarialmente, con carácter recepticio e irrevocable, y antes de que el comprador haya pagado, aunque sea tardíamente. Esta formalización de la declaración resolutoria es constitutiva. Esta exigencia formal se justifica en la trascendencia de la declaración (que resuelve la venta e imposibilita el pago con posterioridad) y en la enérgica protección que a ella se anuda de dejar resuelta la venta *de pleno derecho*, siendo por ello exigible que no exista duda alguna de la opción tomada por el vendedor. En palabras de la STS (Pleno) de 4 de junio de 2011, *RJ* 2011, 5964, ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio XÍOL RÍOS: *«[...] razones ligadas con la especial protección que otorga el Código civil a las transmisiones de bienes inmuebles, [...], unidas a la conveniencia de entender el precepto en sus estrictos términos, en tanto que no cabe interpretar extensivamente un supuesto que, de darse, va a impedir que el comprador haga uso de la facultad de pagar después de expirado el plazo, la cual se le reconoce expresamente en la citada norma y constituye la razón fundamental de su especialidad, aconsejan a esta Sala, reunida en Pleno, mantener el criterio tradicional y fijar doctrina jurisprudencial en el*



*sentido de que no procede reconocer válidos efectos resolutorios en el ámbito del artículo 1504 del Código civil al requerimiento efectuado mediante burofax, por continuar siendo imprescindible en la actualidad —el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho— que el conocimiento fehaciente del hecho notificado cuente con la singular garantía que le otorga la supervisión de la autoridad judicial o de un fedatario público notarial». En idéntico sentido, la STS de 29 de febrero de 2016, RJ 2016, 746, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MARÍN CASTÁN.*

En efecto, el comprador, aun tardíamente, tiene la posibilidad de pagar lo debido, sin que la llegada del plazo sin haberse hecho pago genere, automáticamente, la resolución de la venta, ni siquiera cuando se haya pactado expresamente la *lex commissoria*, en contra de la regla general del *dies interpellat pro homine* del artículo 1100 II del Código civil. Solo el requerimiento resolutorio del vendedor enerva la posibilidad de pago tardío por parte del comprador<sup>33</sup>. En palabras de la STS de 25 de mayo de 1984, RJ 1984, 2547, ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio SERENA VELLOSO «[...] configura dicho requerimiento del artículo 1504 como una notificación al deudor, obstativa del pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, y no un requerimiento o intimación para el pago del precio».

Precisamente porque el artículo 1504 del Código civil permite el pago tardío que impide la resolución por el vendedor, incluso cuando se ha estipulado un pacto de *lex commissoria* (pues todo pacto de *lex commissoria* parece relevar la voluntad incuestionable de las partes de atribuir al plazo la condición de *esencial*), se ha dicho que el artículo 1504 del Código civil no opera exclusivamente a favor del vendedor, sino que antes del «requerimiento» (esto es, antes de la resolución por el vendedor) «es una norma *pro emptore* (y favorable al mantenimiento del contrato incumplido): el comprador incumplidor puede, vencido ya el plazo de cumplimiento, pagar atrasadamente, y enervar, así, la resolución del contrato, aun cuando se haya pactado la resolución automática para su impago [...]. En cambio, producido el requerimiento formal resolutorio, la situación parece invertirse, pasando a ser el artículo 1504 una norma *pro venditore* (favorable a la resolución del contrato incumplido): no cabe la moratoria judicial que cabría al amparo de la norma general del artículo 1124 III del Código civil [...]»<sup>34</sup>. Esa misma dimensión bifronte se señala por la jurisprudencia, como la STS de 20 de marzo de 1992, RJ 1992, 2214, ponente Excmo. Sr. D. Mariano MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, destaca:

«[...] se trata de la venta de un bien inmueble con pacto de resolución caso de no abonar dos letras, condición esta que daría lugar a que dicho impago produjere la resolución del contrato con los efectos de dicho precepto y, además, a que las cantidades abonadas quedaran en beneficio de los vendedores como cláusula penal a la vez que indemnización por el uso de la finca. Se



*trata por lo tanto de un claro supuesto de dicho artículo 1504, cuya aplicación aun cuando no siempre pueda o deba separarse de la del artículo 1124 del Código civil, dado que este constituye el principio general en la materia, si es preferente según la jurisprudencia cuando se trata de venta de inmuebles, como ocurre en este caso, máxime si cual en él acontece ha sido pactada inter partes; Es también de señalar que lo implícito en el artículo 1504 del Código civil, es, no solo marcar el límite o momento hasta el cual el deudor moroso puede cumplir la obligación, sino también señalar el momento en que nace la resolución del contrato sujeto a tal evento, a la vez que poner de manifiesto el deudor incumplidor la existencia de una intimación concreta por parte del acreedor impagado para que se allane a la resolución de la obligación (SS. 30 de octubre de 1956, RJ 1956, 13425, 10 de marzo de 1966, RJ 1966, 1185, 5 de noviembre de 1970, RJ 1970, 4619, 11 de mayo de 1979, RJ 1979, 1826, 30 de marzo de 1981, RJ 1981, 1137)—, que a virtud de dicho requerimiento ha quedado resuelta; Sobre tales bases y con la mirada puesta en dicho precepto es de señalar, que a diferencia de lo que acontece con el 1124, en el 1504 para que se produzca la resolución contractual por falta de pago se precisa que además de haberse estipulado haya expirado el plazo establecido, así como que el moroso hubiere sido requerido judicial o notarialmente de pago, toda vez que en tanto dicho requerimiento no se hiciere, el deudor puede abonar la deuda (SS. 13 de febrero de 1959, RJ 1959, 479 y 16 de octubre de 1961, RJ 1961, 3304, entre otras). [...] siendo estas las principales diferencias entre el artículo 1124 y 1504 del Código civil, en cuanto conforme a aquel se autoriza al Tribunal a que cuando medien causas justificadas pueda señalar plazo para el cumplimiento, lo que no acontece con el 1504, en el cual no solamente ello no es posible sino que incluso está proscrito el pago después de haberse recibido el requerimiento resolutorio, como en el presente supuesto ha sucedido».*

Por último, mediante la inscripción de la CRE «*se pretende conferir eficacia real a la eventual acción resolutoria del contrato de compra por impago del precio aplazado (acción que de otro modo quedaría limitada a la esfera puramente personal de los contratantes) y evitar la aparición de terceros que, por reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, haría inoperante ese juego resolutorio*», en palabras de la RDGRN de 24 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1120).

En definitiva, la jurisprudencia y la mayoría de los autores sostienen pacíficamente que la cláusula resolutoria expresa otorga al vendedor con precio aplazado en una compraventa inmobiliaria, ante el impago previsto en la propia cláusula, la facultad de resolver *ope legis, ex tunc* y sin intervención judicial la compraventa, por medio de la notificación judicial o notarial al comprador de su opción por la resolución, sin que quepa al juez en tal caso conceder plazo para el cumplimiento y con independencia de la entidad o gravedad del impago, pues el propio acuerdo de los interesados ha atribuido

al hecho del impago virtualidad resolutoria de la venta en favor del vendedor. Si la CRE, además, ha quedado inscrita, la resolución podrá oponerse a cuantos terceros registrales hayan inscrito o anotado derechos sobre el dominio del comprador de la cosa vendida, cuyos derechos se cancelarán sin necesidad de consentimiento, y aún con su oposición.

#### IV. LA INCORRECCIÓN DE LA «DOCTRINA TRADICIONAL» DE LA DGSJFP EN TORNO AL CONSENTIMIENTO, LA AQUIESCENCIA O LA NO OPOSICIÓN A LA RESOLUCIÓN POR PARTE DEL PERJUDICADO

La llamada «*doctrina tradicional*» de la DGSJFP en torno a la CRE, en su doble exigencia de consignación del precio recibido en todo caso, y de no oposición del comprador o de los terceros registrales para la reinscripción del dominio de la finca vendida a favor del vendedor arranca desde la trascendental Resolución de la DGRN de 29 de diciembre de 1982 (*RJ* 1982, 8066). Voy a centrarme exclusivamente en torno a la segunda exigencia (la no oposición de los perjudicados por la resolución). Dice esta resolución:

«[...] *al hacerse tal requerimiento [extrajudicial] y no allanarse el requerido al mismo, sino oponerse categóricamente a él, a tal resolución contractual no se puede dar eficacia sin que sea estimada y declarada la misma por los Tribunales, ya que tal requerimiento es requisito previo a la demanda, y es mediante esta, cuando no existe conformidad en las partes, como debe obtenerse y producirse la declaración resolutoria*».

A partir de 1982, la Dirección General la ha reiterado, de forma acrítica, con solo notables excepciones: destacadamente, la Resolución de 29 de agosto de 2019 (*RJ* 2019, 4253), y, al menos en lo referente a la innecesariedad de la consignación de las cantidades recibidas, la Resolución de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) al estimar el recurso frente al primero de los defectos de la calificación registral.

Ha dicho la DGRN:

«[...] *formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento, grave [...], que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta*» (RDGRN de 14 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2385); o

«[...] *la condición resolutoria en garantía del precio aplazado de una compraventa de un inmueble, como elemento accidental del negocio, no ope-*

*ra automáticamente en sede registral ni en su cumplimiento (necesidad de acreditar el impago, el requerimiento notarial o judicial, la falta de oposición del comprador, etc.) [...], ni en su incumplimiento [...]*» (RRDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2010, 79, y 11 de noviembre de 2009, *RJ* 2010, 388).

En caso de oposición, para la nueva inscripción a favor del vendedor y la correspondiente cancelación del dominio del comprador será necesaria la sentencia que la admita (entre otras, Resoluciones de 3 de diciembre de 1986, 4 de diciembre de 1986, 16 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6566 y 19 de julio de 1994, *RJ* 1994, 6303); solo esa sentencia será «suficiente para reinscribir la finca a favor del vendedor» (RDGRN de 6 de julio de 2012, *RJ* 2012, 10071).

Siguen esta «doctrina tradicional» las Resoluciones de 3 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7884), 4 de diciembre de 1986 (*RJ* 1986, 7885), 16 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6566), 5, 6 y 7 de febrero de 1990, 28 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 5262), 8, 9, 10, 11 y 14 de octubre de 1992, 19 de julio de 1994 (*RJ* 1994, 6303), 28 de marzo de 2000 (*RJ* 2000, 2103), 8 de mayo de 2003 (BOE de 11 de junio de 2003), 15 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 9770), 9 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2635), 10 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 1221), 28 de junio de 2011 (*RJ* 2012, 3172), 25 enero de 2012 (*RJ* 2012, 5936), 17 de mayo de 2013 (*RJ* 2013, 4852), 10 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 6671), 14 de abril de 2014 (*RJ* 2014, 2385), 24 de julio de 2014 (*RJ* 2014, 4488), 16 de octubre de 2014 (*RJ* 2014, 6094), 10 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6445), 10 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 2977), 5 septiembre de 2016 (*RJ* 2016, 4616), 5 julio de 2017 (*RJ* 2017, 3784), y 6 de marzo y 10 de junio de 2020 (*RJ* 2020, 2949 y 2020, 3375 respectivamente).

Y ello a pesar de que, con anterioridad a 1982, la Dirección General había interpretado y aplicado correctamente la normativa civil e hipotecaria, permitiendo la reinscripción del dominio a favor del beneficiario de una CRE, aunque no constara el consentimiento de los perjudicados, o aunque constara su oposición, como acredita la resolución de la DGRN de 3 de junio de 1961 (*RJ* 1961, 2754):

*«[L]as partes pueden convenir una cláusula resolutoria expresa, al amparo de los artículos 1255, 1504 y 1505 del Código civil, de evidente utilidad al permitir la resolución de pleno derecho sin necesidad de la intervención del juez mediante la mera declaración de voluntad de aquel de los contratantes que hubiesen cumplido sus compromisos, cuyo funcionamiento radica según la doctrina, en el hecho de que la tutela jurídica no ha de limitarse a exigir la equivalencia de las prestaciones en el momento de la formación del contrato sino también en la fase de ejecución».*

Como denunció en su momento la doctrina, con la RDGRN de 29 de diciembre de 1982 «se innovaba abiertamente el criterio que se había venido siguiendo sobre el texto claro y rotundo del artículo 59 del Reglamento Hipotecario», embarcándose la Dirección General en una tesis

en la que «*ni los fundamentos técnicos, ni la solución pretendida resultan satisfactorios*»<sup>35</sup>.

Son dos los errores en los que incurre la resolución de 1982, y que se arrastran en la subsiguiente «*doctrina tradicional*» de la Dirección General hasta las recientes Resoluciones de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) y 3 de febrero de 2021 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021):

## 1. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Como se ha puesto de relieve por la doctrina hipotecarista desde antiguo, en materia de constancia registral del cumplimiento de la condición resolutoria (en general) ha existido una cierta confusión, porque «*nuestra legislación hipotecaria adolece de una falta de claridad notable*» y «*en esta materia luchan dos principios contrapuestos: por una parte, si se acredita que la condición resolutoria se ha cumplido, no hará falta el consentimiento del titular para que tal hecho produzca los efectos registrales correspondientes, y, por otra, que el titular registral puede no estar de acuerdo en el hecho de que se ha cumplido la condición resolutoria*»<sup>36</sup>.

Tales afirmaciones, si bien resultan tal vez de aplicación a la condición en general, no pueden suscribirse respecto al cumplimiento de una cláusula resolutoria expresa por falta de pago del precio aplazado. Y ello porque la normativa civil e hipotecaria contiene abundantísimas y detalladísimas normas sobre la forma de proceder para consignar registralmente un pacto de ley comisorio, o para dejar constancia registral de las consecuencias de su ejercicio o de su caducidad.

Así, si bien puede compartirse el juicio de la Dirección General de que «*uno de los puntos más delicados de la técnica hipotecaria es el relativo a la demostración del cumplimiento o incumplimiento de las condiciones, porque no solo es necesario para tal prueba atender a hechos o circunstancias que se desenvuelven fuera del Registro*» (RDGRN de 7 de octubre de 1929, La Ley 46/1929), el caso específico de la CRE no ofrece duda alguna porque la normativa es preciosista en la regulación.

Ni el artículo 1504 del Código civil, ni el 59 RH, ni el 175.6.<sup>a</sup> RH, ni ningún otro precepto legal o reglamentario exigen, como condición para la reinscripción del dominio a favor del vendedor que ejercita un pacto de *lex commissoria* inscrito, la falta de oposición, el allanamiento o el consentimiento expreso o tácito del perjudicado o perjudicados por la reinscripción (sea el *dominus*, sean los terceros registrales), precisamente porque es uno de los supuestos previstos en la normativa hipotecaria de cancelación de inscripciones «*cuya existencia no depende del consentimiento de los interesados*» «*en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de*

la Ley» (art. 175 RH), o, en los que cabe cancelación «sin dichos requisitos [esto es, el consentimiento del perjudicado que conste en escritura pública o en sentencia judicial firme] cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción» (art. 82 II LH).

La norma no exige el consentimiento del comprador para la reinscripción del dominio vendido ante el ejercicio de una CRE inscrita, bastando la presentación «del documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta» (art. 175.6.<sup>a</sup> RH), referencia al «documento» que, obviamente, no puede ser ni una escritura aceptada por el dueño, ni una resolución judicial firme frente a él (que es la regla general del párrafo primero del art. 82 LH), porque tampoco el artículo 1504 del Código civil lo exige. Como dice la STS de 10 de junio de 2011, RJ 2011, 4522, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ «para la aplicación de tal norma [art. 1504 CC], esta exige un requisito previo, el requerimiento resolutorio, judicialmente o por acta notarial». Nada más, y nada menos.

Tampoco se exige el consentimiento de los terceros registrales «cuando sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales»: en estos casos, se cancelarán sus inscripciones «con el mismo documento» (art. 175.6.<sup>a</sup> in fine RH)<sup>37</sup>. Nuevamente, ese «documento» en el que se acredita la resolución no puede ser ni una escritura pública en la que preste su consentimiento el tercero registral perjudicado por la cancelación, ni una sentencia judicial firme contra él, pues esos son los requisitos generales del párrafo primero del artículo 82 LH y, como hemos visto, todos los supuestos del artículo 175.6.<sup>a</sup> RH son «en consecuencia de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 82 de la Ley».

Con anterioridad a la fatídica resolución de 1982, la DGRN había acertadamente distinguido como diferentes los dos supuestos que se contemplan en los párrafos primero y segundo del artículo 82 LH, para excluir la exigencia del consentimiento del perjudicado en los casos del párrafo segundo. La explicación que daba la Dirección General no podía ser más contundente y apropiada: no puede ser que se quiera dar más importancia al consentimiento de los interesados que a los preceptos de la ley. Con esta contundencia lo expresa la RDGRN de 28 de noviembre de 1978, La Ley 100/1978:

*«Considerando que dentro de este Título IV el artículo 79-2.º de la Ley es el que regula la práctica del asiento de cancelación en los casos en que se extingue por completo el derecho inscrito, y el artículo 82 es el que prevé la forma en que se ha de proceder para ello, a saber, bien mediante la prestación del consentimiento para la cancelación por la persona adecuada o en su defecto por sentencia judicial firme, que es la regla general, o bien sin necesidad de estos requisitos cuando quede el derecho extinguido por declaración de la Ley*

*o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción, que es lo que sucede en el caso que se examina, y al sentar esta matización este párrafo 2.º del artículo 82 no ha hecho otra cosa que obviar la aparente rigidez del primer párrafo del mismo artículo que como apuntaba la Resolución de 30 de junio de 1933 para la legalidad entonces vigente podía hacer pensar que al consentimiento de los interesados se le diera más valor que a los preceptos de la Ley misma hasta el punto de que cuando esta declaraba fenecidos los derechos se exigiera también aquel consentimiento».*

En contra de la «*doctrina tradicional*», la DGRN ha proclamado en otras ocasiones que no solo es que los terceros registrales no tengan que consentir, sino que ni siquiera está el beneficiario de la CRE obligado a reiterarles el requerimiento resolutorio que debe remitir al comprador:

*«[no se puede] pretender que el efecto resolutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración en su favor [de los titulares registrales posteriores] del requerimiento contemplado en el precepto citado [art. 1504 CC]» [...], ni cabe «estimar en favor de dicha reiteración, el tratamiento dispensado al tercer poseedor del bien hipotecado en caso de ejecución hipotecaria pues no debe olvidarse que la hipoteca persigue la satisfacción del acreedor mediante la realización judicial del bien afecto [...]; en cambio, la denominada condición resolutoria explícita no persigue, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, la enajenación forzosa del bien afecto, sino su recuperación por el vendedor y restablecimiento de la situación patrimonial preexistente a la celebración del negocio por no haberse desenvuelto este en los términos previstos» (RRDGRN de 28 de mayo de 1992, RJ 1992, 5262, 19 de noviembre de 1996, RJ 1996, 8159 ó 9 de junio de 2010, RJ 2010, 2635).*

O, en otros supuestos próximos, la Dirección General (correctamente) ni tan siquiera exige la consignación a favor de los embargantes que discuten la cancelación de sus embargos, en un caso en que el derecho de superficie sobre el que se habían anotado se había resuelto (mediante escritura bilateral entre *dominus* y superficiario) en reconocimiento de la resolución del derecho de superficie por el transcurso del plazo máximo para la construcción del edificio, incumplido:

*«[...] en el caso debatido, en cambio, lo que se produce es la extinción de un derecho real limitativo —con la consiguiente consolidación del dominio gravado— cuya constitución no implicaba una contraprestación económica simultánea a cargo del adquirente, sino una obligación subsiguiente de hacer, de construir (en beneficio propio y del transmitente, en cuanto que parte de lo construido sería para este y el resto para aquel), cuyo incumplimiento se*

*configuraba, precisamente, como causa de tal extinción; no hay, pues, un intercambio inicial y simultáneo de prestaciones que deba deshacerse supeditando a ello la cancelación de los asientos registrales; inicialmente hay adquisición por una de las partes (adquisición que actúa de presupuesto para la posterior realización de su contraprestación por el adquirente) y, por ello, frustrado el fin negocial por incumplimiento de este último, la restitución de las cosas al estado originario solo exige la ineficacia de aquella adquisición inicial, y la cancelación del asiento respectivo no puede, pues, supeditarse a ninguna consignación» (RDGRN de 23 de julio de 1996, RJ 1996, 5618).*

En otros casos, la Dirección General cita expresa y acertadamente el artículo 175 RH como una de las excepciones a la regla general de cancelación de inscripciones con consentimiento del perjudicado o resolución judicial firme contra él obtenida: *«Y es que la cancelación de un asiento (la anotación de embargo en favor de la Agencia Tributaria en este caso) que se derivaría de la pretendida cancelación registral de la hipoteca, requiere consentimiento expreso del titular o resolución judicial firme en el correspondiente procedimiento. Bien es cierto que hay excepciones a lo que sería la regla general, en las que la cancelación de asientos puede producirse por la ejecución de gravámenes anteriores (cfr. el art. 175 RH), pero no es posible generalizar soluciones previstas para otros supuestos»* (RDGRN de 23 de marzo de 2010, RJ 2010, 4021).

En esa misma línea de dispensar el consentimiento de los titulares registrales para cancelar sus derechos cuando se ejercita una CRE, el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2010 (AC 2010, 1946) o la RDGRN de 9 de junio de 2010 (RJ 2010, 2635).

El artículo 59 RH despeja cualquier duda sobre que el documento preciso para la cancelación de los derechos de los terceros registrales sobre la finca vendida tras el ejercicio de una CRE inscrita no es más que la notificación unilateral y recepticia de resolución practicada por el vendedor al comprador, judicial o notarialmente, conforme al artículo 1504 del Código civil: basta para *«verificar la nueva inscripción a favor del vendedor [...] que se haga constar la notificación judicial o notarial hecha al comprador por el vendedor de quedar resuelta la venta»*.

Debe repararse en que, ni siquiera cuando la resolución hecha por el vendedor en ejercicio de la condición resolutoria explícita inscrita es judicial, se exige declaración judicial de que la resolución es procedente, ni con carácter definitivo, ni meramente provisional o cautelar, pues tan solo se pide la *«notificación judicial o notarial»* de la resolución, o sea, el *«requerimiento»* resolutorio hecho al comprador por el vendedor *«judicialmente o por acta notarial»* al que se refiere el artículo 1504 del Código civil:



«En la interpretación de este artículo [el art. 1504 CC], señala la Sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9786), siguiendo a la de 14 de febrero de 1991 (RJ 1991, 1268) que el artículo 1504, como norma específica, solo juega en la venta de inmuebles y solo ante la clase de incumplimiento de pago del precio, siendo preciso haber efectuado el requerimiento resolutorio exigido por el artículo 1504 del Código civil, como ha destacado la Sentencia de 8 de abril de 1992 (RJ 1992, 3186), habiendo añadido la Sentencia de 30 de noviembre de 1994 (RJ 1994, 8636) un requerimiento resolutorio de forma válida, cuyas exigencias de requerimiento judicial o notarial repite la Sentencia de 16 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1158), en definitiva un requerimiento en el sentido de declaración de voluntad unilateral y recepticia encaminada a la resolución del contrato por impago del precio —Sentencia de 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 5294)— porque el impago genera la resolución, una vez hecho el requerimiento judicial o notarial —Sentencia de 30 de abril de 1996 (RJ 1996, 3025)—. En definitiva, que el requerimiento a que se refiere el artículo 1504 presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa, por el incumplimiento por el comprador del pago del precio, como había recogido la Sentencia de 9 de marzo de 1990 (RJ 1990, 1684) y habiéndose recogido en muchas sentencias, que el requerimiento del artículo 1504 del Código civil tiene el valor de una estimación referida no al pago del precio, sino a que se allane el comprador a resolver la obligación y a no poder obstáculo a este modo de extinguirla que señaló la Sentencia de 18 de octubre de 1994 (RJ 1994, 7486)» (STS de 11 de julio de 2008, RJ 2008, 6277, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE).

La doctrina ha enfatizado el automatismo de la resolución por ejercicio de un pacto de *lex commissoria*, que no exige ni presupone el consentimiento o la aceptación condescendiente del comprador o de los terceros registrales:

«[...] al proclamar [...] el artículo 59 de su Reglamento, que la reinscripción a favor del vendedor, o su causahabiente, se practicará solo con la notificación judicial o notarial hecha al comprador de quedar resuelta la venta, acompañada del título del vendedor, consagra el máximo automatismo, porque sin intervención alguna del comprador, ni de los Tribunales, se producía el efecto pactado»<sup>38</sup>.

Y todo esto no es más que una aplicación puntual, específica y concreta de la regla general establecida en el artículo 23 LH respecto de la constancia registral del cumplimiento de condiciones resolutorias, que obliga a hacer «una nueva inscripción a favor de quien corresponda, si la resolución llega a verificarse».

Con carácter general, la norma hipotecaria distingue las cancelaciones de inscripciones que resultaron de escritura pública (art. 82 LH) y las que



resultaron de mandamiento judicial o documento administrativo (art. 83 LH). En unas y en otras, a su vez, se identifican tres tipos o modalidades de cancelaciones, según se realicen *con*, *sin* o *contra* el consentimiento del perjudicado por la cancelación.

Centrándonos en el grupo de las cancelaciones de inscripciones derivadas de escrituras públicas, se refiere:

- 1) al primer grupo (*con* consentimiento), el párrafo primero del artículo 82 LH (y el 174 II, 178, 179 y 213 RH);
- 2) al segundo grupo (*contra*), el tercer párrafo del artículo 82 LH (y el art. 174 III RH); y
- 3) al último grupo (*sin* consentimiento), los párrafos segundo, cuarto (que a su vez remite a los artículos 141, 156 y 157 LH) y quinto del artículo 82 LH (y los arts. 174 I y 175 RH, entre otros muchos).

La regla general, en materia de cancelaciones, es que debe acreditarse la aceptación del perjudicado (art. 82 I LH) por lo que, si no la presta, «*podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario*» (art. 82 III LH).

Pero no debe confundirse la cancelación con el consentimiento del perjudicado voluntario o suplido por el juez, de los casos en los que la cancelación opera «*con independencia del consentimiento del titular, debido a que el derecho objeto del asiento a cancelar, o este asiento mismo, han quedado extinguidos con independencia de dicho consentimiento del titular según el registro*» pues, en estos casos, la cancelación se produce *ministerio legis* o de forma automática «*sin que valga jurídicamente de nada la resistencia del titular registral, que imponga la necesidad de una resolución judicial, o administrativa en su caso, supletoria, dirigida a imponer el resultado jurídico de la cancelación*» pues «*huelga impetrar el consentimiento del titular*»<sup>39</sup>.

En este mismo sentido, la STS de 9 de junio de 1997, La Ley 6355/1997, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE confirma la resolución de la venta instada por el vendedor en ejercicio de una CRE inscrita, ante la que el registrador reinscribe el dominio de la finca vendida a favor del vendedor, a pesar de la oposición del comprador:

*«La referencia al artículo 82 de la Ley Hipotecaria [que hace el recurrente] resulta incompleta pues el párrafo segundo del mencionado precepto dispone que pueden ser canceladas sin el requisito de la prestación del consentimiento “cuando el derecho inscrito o anotado quede extinguido por declaración de la Ley o resulte así del mismo título en cuya virtud se practicó la inscripción o anotación preventiva”. Por eso, el artículo 175, con remisión al artículo 82 de la misma ley establece en su regla sexta que “las inscripciones de venta*

*de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la resolución o nulidad". Y esto es lo que hizo el Registrador competente cuando quedó acreditado el supuesto de hecho de la condición resolutoria».*

Este es el primer error en el que incurre la «doctrina tradicional» de la DGSJFP en torno a la condición resolutoria explícita pues, en contra de la ley, considera que la oposición del titular registral convierte un supuesto en el que la cancelación ha de operar con independencia del consentimiento del perjudicado (*rectius*, sin su consentimiento) en un supuesto en el que, por oponerse el perjudicado, es preciso suplir su consentimiento mediante sentencia judicial firme.

En los casos en los que la cancelación procede *sin consentimiento* del perjudicado, la oposición o la denegación del consentimiento es jurídicamente irrelevante. La resistencia o la oposición del perjudicado no convierte en cancelaciones «*contra*» el consentimiento del perjudicado, los casos de cancelaciones que la ley ha determinado que se producen «*sin*» consentimiento del perjudicado. La cancelación de asientos *sin consentimiento* del perjudicado aplica cuando la extinción del derecho se produce por «*derivación natural del acto inscrito o por ministerio de la ley, o sea, por la voluntad misma de los interesados ya incorporada en el título jurídico inscrito (condición o plazo resolutorios, etc.), o por medio de una disposición legal o norma institucional*»<sup>40</sup>.

Son variadísimos los casos de cancelación *sin consentimiento* del perjudicado, como la cancelación de la opción de compra inscrita por caducidad de cuatro años (art. 14 RH), la cancelación por caducidad tras cinco años desde la fecha de vencimiento de los derechos con plazo de ejercicio (art. 177 I RH), la extinción del usufructo en general, y en particular en el caso del artículo 192 RH, el dominio o derecho real sujeto a condición resolutoria cumplida (art. 23 LH), etc.

En cuanto a la documentación que se ha de presentar, la regla general en los casos de cancelaciones *sin consentimiento* del perjudicado se contiene en el artículo 174 I RH: basta presentar «*la misma escritura en cuya virtud se haya hecho la inscripción [...] si resultare de ella o de otro documento fehaciente que el derecho asegurado ha caducado o se ha extinguido*».

La reinscripción del dominio vendido a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita (art. 23 *in fine* LH) es uno de los supuestos de cancelación *sin consentimiento* del perjudicado al que se refiere el segundo párrafo del artículo 82 LH, como resulta con toda claridad del inciso inicial del artículo 175 RH, en unión de la regla 6.<sup>a</sup> de ese mismo artículo. En cuanto a la documentación a presentar, en este específico caso, y conforme a la regla general del artículo 174 I RH, los artículos 59 y 175.6.<sup>a</sup> RH exigen la

presentación de la notificación judicial o notarial de ejercicio de la CRE, y la propia escritura de compraventa en cuya virtud se practicó la inscripción de la CRE.

La doctrina destaca como, en los casos del artículo 59 RH, «*el Registrador de la propiedad apreciará o calificará si se ha producido la [...] extinción automática del derecho registrado, por cuanto, con los datos obrantes en el registro, complementados en general con los documentos adecuados [...], cuenta con los elementos de juicio necesarios para determinar si tal [...] extinción automática ha tenido lugar en la realidad jurídica, a fin de certificarlo en los libros mediante la correspondiente cancelación o nueva inscripción*», teniendo en cuenta que en estos casos «*el contenido de los libros hipotecarios cobra un alto valor legitimador, e incluso su silencio, ya que [...] hay que tener presente la reiterada doctrina de la Dirección General [...], que afirma la innecesidad (sic) de acreditar circunstancias negativas, o sea, la no realización de hechos, pues entonces el silencio registral basta*»<sup>41</sup>.

Es irrelevante el consentimiento del comprador deudor del precio aplazado impagado para la reinscripción del dominio a favor del vendedor, como es irrelevante el consentimiento del vendedor-acreedor del precio aplazado para la cancelación de la CRE cuando se acredita el pago:

*«siempre que aparezca debidamente justificado el hecho de este pago que arrastra como consecuencia la extinción del derecho de crédito del acreedor habrá de practicarse la nota marginal cancelatoria a que se refiere el artículo 23 de la Ley sin necesidad del consentimiento de dicho acreedor cuando se den las circunstancias exigidas en el párrafo 2— del artículo 82 de la misma ley» (RDGRN de 30 de mayo de 1980).*

La incongruencia de la «*doctrina tradicional*» queda perfectamente retratada en esta última resolución: para la cancelación de la CRE considera la DGRN irrelevante la oposición del vendedor, pero para la reinscripción del dominio a favor del vendedor (con cancelación de la inscripción a favor del comprador) es imprescindible el consentimiento del comprador o, al menos, su aquiescencia o no oposición. ¿Quién lo entiende?

El automatismo de la reinscripción del dominio a favor del vendedor es también enfatizado en la RDGRN de 6 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 4401) en un caso de compraventa con *lex commissoria*, en el que se invoca al artículo 76 LH («*Las inscripciones no se extinguen, en cuanto a terceros, sino por su cancelación o por la inscripción de la transferencia del dominio o derecho real inscrito a favor de otra persona*») para justificar por qué la resolución de la venta de inmueble por ejercicio de CRE no genera, técnicamente, cancelación del asiento registral del comprador, sino mera reinscripción del dominio a favor del vendedor:

«[...] hay que decir que en el presente caso, en puridad, no procede la práctica de cancelación alguna, es decir, no procede la extensión de ningún asiento cancelatorio, a pesar que la resolución de la compraventa lleva consigo la ineficacia del anterior título inscrito. Por el contrario, será el asiento que refleje el acto traslativo inherente a la resolución declarada, mediante el que se opere la «reinscripción» a favor del vendedor, lo que determine la extinción del asiento que contiene la titularidad del comprador, que ha quedado resuelta».

Es perfectamente comprensible que la normativa hipotecaria haya configurado el ejercicio de la CRE como uno de los supuestos en los que procede la reinscripción del dominio de la cosa vendida a favor del vendedor, sin necesidad de consentimiento (*rectius*, aún con la oposición) del comprador. Y ello precisamente en razón de la escrupulosidad y minuciosidad que impone la normativa hipotecaria para la inscripción, en primer término, del pacto de *lex commissoria* (arts. 9.2.<sup>a</sup> y 11 LH ó 51.6.<sup>a</sup> RH):

- 1) así, cuando la CRE afecte a varias fincas, se exige que se determine el precio aplazado «*correspondiente a cada una de ellas*» (art. 11 LH);
- 2) se exige que la condición resolutoria se copie «*literalmente*» del título en el asiento (art. 51.6.<sup>a</sup> RH); y
- 3) se prohíbe («*en ningún caso*») que se indiquen «*los aplazamientos de precio no asegurados especialmente*» (art. 51.7.<sup>a</sup> RH).

Todo ello, con la finalidad de que cualquier adquirente posterior, o tercero registral, quede perfectamente informado, por el Registro, de la vicisitud del pago del precio aplazado que amenaza su derecho, puedan desplegar toda su influencia para asegurar su debido pago (en su caso, a través de los pactos de retención o descuento con el comprador obligado), y arrostre las consecuencias del impago sobre sus propios derechos inscritos o anotados:

«[...] ciertamente, quienes adquieren el dominio o cualquier otro derecho real sobre un bien sujeto a la restricción resolutoria del artículo 1504 del Código civil, oportunamente publicada en el Registro, conocen —o pueden conocer— la situación claudicante a que queda sujeta su adquisición y a ellos incumbirá, si desean conservar su derecho, tomar la iniciativa para que la obligación garantizada tenga cumplimiento en los términos estipulados (adoptando en sus respectivos negocios adquisitivos las previsiones oportunas), sin que puedan pretender que el efecto resolutorio, en caso de incumplimiento, quede supeditado a la reiteración a su favor del requerimiento contemplado en el precepto citado. Exigir tal reiteración [...] con grave menoscabo de la posición del vendedor, no se conciliaría con la permanencia de la titularidad pasiva de la deuda garantizada en la persona del comprador» (RDGRN de 19 de noviembre de 1996,

RJ 1996, 8159) (en los mismos términos, las RRDGRN de 28 de mayo de 1992, RJ 1992, 5262 y 9 de junio de 2010, RJ 2010, 2635).

«[...] ha de tenerse en cuenta que los terceros adquirentes, incluso con derecho inscrito o anotado, están afectados por el asiento que se solicita mediante la resolución, en el sentido de que han de estar a las vicisitudes del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que incumbe al adquirente según el contrato en que se estipuló la condición resolutoria, pudiendo si así les interesa pagar lo que falte» en palabras de la RDGRN de 6 de julio de 2012, RJ 2012, 10071.

En oposición a este argumento, ya señalé en un trabajo anterior que «el verdadero derecho de los terceros registrales posteriores no es otro que el de pagar el precio aplazado en la fecha prevista por cuenta del comprador, si este no lo hace, conforme a lo previsto en el artículo 1210 del Código civil. Pero no el de obstaculizar o impedir el normal desenvolvimiento del ejercicio de una CRE»<sup>42</sup>.

En el mismo sentido, se ha dicho que «[...] la resolución opera de pleno derecho, como consecuencia de la mora del comprador y la decisión del vendedor de ejercitar el poder resolutorio pactado. La resolución de la venta no puede ser paralizada por el comprador, porque iría contra sus propios actos, puesto que reconoció in continenti, que el vendedor pudiera resolver la venta, y no puede ex intervallo oponerse a lo que se obligó en la cláusula resolutoria. Por esto, el comprador no tiene que consentir nuevamente la resolución, puesto que ya consintió en ella cuando se celebró el contrato. Este nuevo consentimiento entre vendedor y comprador ex intervallo desfigura los perfiles del pacto de la lex commissoria y se transforma en un nuevo contrato de compraventa con desplazamiento de la cosa en sentido contrario desde el comprador al vendedor»<sup>43</sup>.

Todo lo anterior tiene una única excepción: el registrador de la propiedad únicamente podría atender a una causa de oposición para denegar la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor si la misma estuviera basada, única y exclusivamente, en el incumplimiento de los presupuestos que habilitan el ejercicio de la CRE. Pues bien, analizando los elementos de la CRE, se alcanza la conclusión de que solo podría denegarse la reinscripción del dominio de la finca vendida a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita en dos supuestos:

- 1) si el registrador, atendiendo a la inscripción de la propia CRE, aprecia que los presupuestos legales sobre el ejercicio de la misma no se han cumplido (por ejemplo, porque no se ha hecho llegar la notificación de resolución, notarial o judicial, al comprador); o
- 2) si la oposición del comprador se basa precisamente en el pago del precio aplazado realizado con anterioridad a la notificación de resolución del

vendedor. Así, únicamente en el caso de que el comprador presentara en el Registro una prueba fehaciente de la realización del pago con anterioridad a la recepción de la declaración resolutoria notarial o judicial, con el fin de que esta constara a efectos registrales conforme a lo previsto en el artículo 58 RH, podría el registrador apreciar un motivo de oposición válido a los efectos que nos ocupan («[S]iempre que los interesados lo reclamen, o el Juez o Tribunal lo mande» se hará constar al margen de la inscripción «el pago de cualquier cantidad que haga el adquirente después de la inscripción, por cuenta o saldo del precio de la venta» sanciona el artículo 58 RH).

La ausencia de anotación marginal del pago realizada conforme al artículo 58 RH en el Registro es por eso, en sí misma, una prueba más de que se ha cumplido el presupuesto de hecho del ejercicio de la facultad concedida por la CRE inscrita (el impago del precio aplazado). Esto es coherente con la tesis reiteradamente mantenida por la propia DGRN sobre la innecesariedad de justificar las circunstancias o hechos de carácter negativo, en la que ha mantenido que es suficiente que en el Registro no conste nada en contrario (RDGRN de 2 de marzo de 2015, *RJ* 2015, 6507, de 2 de noviembre de 2017, *RJ* 2017, 4967 o de 6 de marzo de 2019, *RJ* 2019, 1422).

Los autores han defendido la perfecta aplicación de la doctrina de la innecesariedad de acreditación de las circunstancias o hechos negativos respecto del incumplimiento de las condiciones resolutorias. Por eso, la única oposición del comprador que podría impedir la reinscripción del dominio a favor del vendedor sería la alegación de la anotación marginal del pago ya practicada o, en el extremo, la presentación ante el Registro de la escritura pública o el mandato judicial acreditativos del pago del precio aplazado, aunque no hubiera aún generado la anotación marginal del artículo 58 RH. Y ello porque, siendo el Registro prueba fehaciente de la obligación de pago del precio aplazado que incumbe al comprador, es a este a quien incumbe probar el pago o cualquier otro medio de extinción de tal obligación, en tanto que el vendedor puede descansar en el efecto probatorio del Registro, tanto en lo atinente al carácter debido del precio aplazado, como en cuanto a la falta de constancia registral de su pago al tiempo en que comunica al comprador la resolución de la venta.

La propia DGSJFP argumenta en esta misma línea en la resolución de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) para acabar concluyendo, de forma sorpresiva y en contra de sus propias palabras, que los motivos alegados por el comprador, impugnando la validez del contrato de compraventa, la CRE o de la cláusula penal, o la resolución de la compra efectuada por el vendedor deben ser oídos y disputados en vía judicial, sin que al registrador le corresponda entrar en dichas cuestiones en el trámite puramente registral, y sin que sea, por tanto, posible la reinscripción del dominio a favor del vendedor:

*«En el presente caso, no se ha hecho la consignación pues concurren todas las circunstancias especiales que se han reseñado anteriormente; pero consta oposición expresa del comprador requerido a la resolución invocada por la parte transmitente, hecha constar mediante la oportuna diligencia en el acta de notificación y requerimiento instada por el ahora recurrente, y por tanto debe confirmarse en este punto la calificación del registrador, sin que sea posible, por tanto, practicar la reinscripción de la titularidad dominical en favor del vendedor, mientras no recaiga la correspondiente resolución judicial en la que se desestime la oposición formulada por el comprador, siendo competencia exclusiva de los Tribunales de Justicia, y no de esta Dirección General, la determinación de si la causa de oposición alegada por la sociedad compradora es o no cierta y justificada».*

Aunque se puede compartir la afirmación de la Dirección General relativa a que las controversias existentes entre las partes son competencia exclusiva de los tribunales de justicia, es errado concluir que esa potencial controversia judicial pueda suponer un obstáculo a la reinscripción de la finca vendida a favor del vendedor que ha cumplido íntegramente las prestaciones a su cargo, cualquiera que sea la oposición del comprador, salvo que evidenciara precisamente el pago del precio aplazado antes de la fecha de la resolución notarial o judicial de la venta. Y ello porque:

- las partes han pactado expresamente en la escritura de compraventa una CRE a favor del vendedor en caso de impago en la fecha pactada de todo o parte del precio aplazado;
- la CRE ha tenido acceso al Registro, que prueba la obligación de pago que pesa sobre el comprador;
- no consta en el Registro el pago del precio aplazado antes de la fecha en la que el vendedor resuelve notarial o judicialmente la venta; y,
- se ha notificado al comprador, judicial o notarialmente, la resolución de la venta, conforme a lo pactado en la escritura de compraventa, en el Registro, y en los artículos 1504 del Código civil y 59 RH.

Por eso, la Resolución de la DGSJFP de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) no debería sino haber revocado la nota de calificación también en cuanto al segundo defecto, en lugar de dar pábulo a una oposición del comprador basada en *«que se impugna expresamente la escritura de compraventa por cuestiones relacionadas con los representantes legales de la fundación compradora»*, y *«se impugna resolución del contrato de compraventa que se pretende por [...] y la cláusula penal que quiere ejecutar; [...] siendo en todo caso los Juzgados y Tribunales de Justicia los que deberán apreciar la legalidad o no del contrato de compraventa y/o de la condición resolutoria y cláusula penal que se pretende ejecutar [...]»*.



Resulta especialmente desesperanzador que el ejercicio de un derecho inscrito a favor del vendedor, como es la CRE, pueda verse anulado o impedido por la mera alegación de la parte compradora incumplidora denunciando ¡la falta de capacidad de sus propios representantes al tiempo de la compraventa!, una capacidad que ya fue examinada por el registrador, conforme al artículo 18 LH en el momento en que inscribió la escritura de compraventa y la CRE en ella contenida y que, por tanto, no puede cuestionarse sino promoviendo el comprador la oportuna rectificación del Registro, mediante la correspondiente demanda judicial.

En definitiva, en la normativa hipotecaria está especial y particularmente detallado el procedimiento a seguir para la reinscripción del dominio a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita por falta de pago del precio aplazado, y la documentación que debe presentarse, sin que en ninguno de los artículos que, de forma prolija, lo regulan se exija cualquier cosa parecida al consentimiento, la aquiescencia, la aceptación o la no oposición del comprador o de los terceros registrales, entre muchas razones, porque el comprador ya prestó su consentimiento a la resolución cuando aceptó el pacto de *lex commissoria* al adquirir el dominio, y porque el consentimiento de los terceros registrales posteriores es irrelevante dado que conocieron el carácter resoluble de ese dominio cuando anotaron o inscribieron sus derechos tras la inscripción de la CRE.

— El vendedor que ejercita un retracto convencional recobra la cosa vendida «*libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador*» (art. 1520 CC), porque el ejercicio del retracto «*repone las cosas en el estado que tendrían si la venta no se hubiese realizado*» aunque los perjudicados se opongan (Resolución de la DGRN de 26 de mayo de 1925), porque tampoco fue preciso pedir consentimiento al retrayente cuando se estableció una hipoteca sobre «*bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia*» (art. 107.7.º LH).

— Tampoco se precisa el consentimiento del *dominus* o de los terceros registrales cuando se ejercita una opción de compra inscrita [arts. 14 y 175.6 Reglamento Hipotecario; artículos 568-2.2 y 568-12 del Código civil de Cataluña; y RRDGRN de 7 de diciembre de 1978, 28 de septiembre de 1982 (RJ 1982, 5369), 4 de septiembre de 1992, 6 de mayo de 1998 (RJ 1998, 4115), 18 de abril de 2002 (RJ 2002, 7823), 11 de junio de 2002 (RJ 2002, 8905) y 21 de febrero de 2005 (RJ 2005, 1800)]. Es especialmente generosa, y netamente contradictoria con la «*doctrina reiterada*» que aquí se combate, la RDGSJFP de 15 de marzo de 2021 (BOE núm. 101, de 28 de abril), en el que la Dirección General admite una opción de compra complementaria a una hipoteca constituida a favor del optante, precisamente como remedio expeditivo de adquisición de la cosa hipotecada por el acreedor hipotecario



en caso de impago de la deuda garantizada, pues entiende plenamente satisfechas las exigencias y garantías que todo pacto marciano impone, tanto en cuanto a la perfecta equidad en la determinación del precio de ejercicio de la opción, como en la aplicación del eventual sobrante a beneficio, en su caso, del dueño y de los terceros registrales, todo ello sobre la base de la regulación detallada, objetiva y ponderada de la actuación notarial en caso de ejercicio de la opción que contenía la escritura objeto de la calificación, pero sin que la eventual discrepancia del dueño, o los terceros registrales pueda perjudicar el desenvolvimiento del pacto marciano (y con ello, el ejercicio de la opción) conforme a lo pactado e inscrito:

*«Analizando la transcrita estipulación C4) de la escritura objeto de calificación, se comprueba que encaja en los esquemas conceptuales del denominado pacto marciano y se ajusta a los parámetros antes enunciados para admitir su validez. No debe tampoco olvidarse que es precisamente la intervención notarial, en las diversas fases del ejercicio de la opción de compra (tanto de los presupuestos de tal ejercicio, como su puesta en ejecución), la que sirve para dotarla no solo de autenticidad, sino de adecuación a derecho, dado el deber genérico que se impone al notario de control de legalidad de los actos y negocios que autoriza. La flexibilidad y rapidez que resultan de las provisiones negociales adoptadas por las partes —ya reseñadas y con el soporte y exigibilidad de una rigurosa actuación notarial— permiten acreditar la liquidación de la deuda y el ejercicio de la opción con las máximas garantías jurídicas, así como la realización de una justa valoración del bien en evitación de un posible enriquecimiento injusto». Vale la pena enfatizar que la citada estipulación C4) tan solo permitía la paralización del procedimiento notarial «cuando se acredite documentalmente la tramitación de un procedimiento criminal por falsedad de la presente escritura o por falsedad en lo manifestado por el acreedor en cuanto a las cantidades que le han sido o no satisfechas».*

— No puede la oposición del arrendador financiero impedir la inscripción de la cosa a nombre del arrendatario financiero que ejercita la opción de compra residual (las RRDGRN de 7 de diciembre de 1978, 19 de julio de 1991 y 26 de enero de 1994 permiten la inscripción del dominio a favor del arrendatario financiero que ejercita la opción residual unilateralmente, sin consentimiento del arrendador financiero, por haberse pactado tal ejercicio unilateral al tiempo de constituirse e inscribirse el *leasing*).

Nada diferente puede ocurrir cuando se ejercita una CRE inscrita, pues la única diferencia entre esta y el retracto convencional, la opción de compra o la opción residual en el *leasing* es que, en la CRE, la readquisición está condicionada a la falta de pago del precio en el plazo convenido, unido a

la libre voluntad de recuperar la cosa vendida, mientras que en aquellas instituciones la readquisición o adquisición deriva apenas de la libre voluntad del retrayente o del optante.

## 2. LA INCORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

El segundo error en que incurre la RDGRN de 29 de diciembre de 1982 y que, desde ahí, se arrastra en la «*doctrina tradicional*» hasta las recientes Resoluciones de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) y 3 de febrero de 2021 (BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021) es la incorrecta interpretación de la jurisprudencia de los tribunales. La resolución de 1982 apoya su discurso sobre la STS de 16 de noviembre de 1978 (*RJ* 1979, 3849, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN) sin reparar que dicha sentencia ¡se refiere a un caso de resolución de contrato con prestaciones recíprocas al amparo del artículo 1124 del Código civil, y no a un caso de resolución por aplicación de una CRE en compraventa de inmueble al amparo del artículo 1504!

Si ya en el caso de compraventa de inmueble con precio aplazado habría sido incorrecto amparar la pretensión del comprador a tener que consentir la resolución de la compraventa como exigencia para la reinscripción del dominio a favor del vendedor, pues se opondría claramente a la letra y al espíritu del artículo 1504 del Código civil, cuando en la compraventa se pactó una CRE y, adicionalmente, dicha CRE fue debidamente inscrita en el Registro, la aplicación de esa jurisprudencia al caso resulta completamente indefendible.

Y es que, como ha denunciado la doctrina, la DGRN estaba en 1982, «*altamente impresionada*»<sup>44</sup> por la jurisprudencia entonces reinante sobre la «*voluntad deliberadamente rebelde*» al cumplimiento del deudor como requisito para la resolución en base al artículo 1124 del Código civil, que había igualmente contaminado la resolución *ex* artículo 1504 del Código civil y que, como se ha expuesto antes, se ha visto completamente superada con posterioridad. La premisa mayor de la «*doctrina tradicional*» que la resolución de la DGRN de 1982 instaura es esa jurisprudencia del Supremo que vinculaba la resolución a la existencia de una «*voluntad rebelde en el incumplidor*», jurisprudencia que ya en 1982 era una máxima puramente nominal, desmentida en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo, y aún más, en los casos de compraventa con precio aplazado y *lex commissoria*.

Estas razones, que quizá pudieron justificar, o al menos explicar, esta doctrina incompatible con las normas legales en 1982, desde luego que no tienen cabida alguna hoy en día, cuando la jurisprudencia dominante en torno al artículo 1124 del Código civil ha abandonado por entero el extremo requisito, cercano al dolo, que expresaba en la fórmula de la denominada

«*voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento*». En las últimas décadas, el Tribunal Supremo autoriza la resolución por incumplimiento al amparo del artículo 1124 del Código civil cuando se produce la insatisfacción fundamental del acreedor o cuando concurre cualquier incumplimiento que los propios contratantes han elevado a la categoría de esencial, aunque no lo fuera en abstracto u objetivamente.

Todavía más en sede del artículo 1504 del Código civil, en que la jurisprudencia actual entiende que no es procedente un análisis del incumplimiento del comprador bajo el prisma general del incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código civil y basta la presencia del impago del precio aplazado al cual los contratantes expresamente han anudado el efecto resolutorio con el mero requerimiento formulado por el vendedor notarial o judicialmente.

Aún peor: gran parte de las sentencias que se siguen invocando por la Dirección General en apoyo de su «*doctrina tradicional*» son resoluciones —todas ellas superadas en sus planteamientos y soluciones— basadas en el artículo 1124 del Código civil, o basadas en el artículo 1504 del Código civil pero en compraventas inmobiliarias con precio aplazado sin pacto de *lex commissoria*, o, en fin, en compraventas con CRE pactada en contrato privado y, en consecuencia, no inscritas.

Como han denunciado los autores, esa «*doctrina tradicional*» de la Dirección General «*trata de evitar algunos abusos que se habían ciertamente producido, posiblemente impresionada por la multitud de condiciones resolutorias que llegaban y siguen llegando a los tribunales, aunque sin reparar que la mayor parte se encontraban insertas en documentos privados*»<sup>45</sup>.

Me referí a la incongruencia de la «*doctrina tradicional*» en un trabajo anterior<sup>46</sup>.

La RDGSJFP de 15 de enero de 2021 (*RJ* 2021, 219) cita hasta 8 sentencias del Tribunal Supremo en supuesto apoyo de su «*doctrina reiterada*»:

«*Según la reiterada doctrina fijada por esta Dirección General [...], la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: [...] segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que*

*justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995)».*

La revisión detallada de esas 8 sentencias revela, sin embargo, la inconsistencia y falta de fundamento de la «*doctrina tradicional*». Primero, porque son todas sentencias con más de 25 años de antigüedad que no expresan la doctrina jurisprudencial vigente. Segundo, porque no son aplicables estrictamente a una cláusula resolutoria expresa por falta de pago del precio aplazado, que esté inscrita en el Registro de la Propiedad. Así, de esas 8 sentencias:

1) una se refiere a una compraventa de acciones (STS de 30 de marzo de 1992, *RJ* 1992, 2307, ponente: Excmo. Sr. D. José Luis ALBÁ-CAR LÓPEZ) o a un contrato de arrendamiento (STS de 30 de marzo de 1992, *RJ* 1992, 2308, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco MORALES MORALES);

2) en la STS de 21 de septiembre de 1993 (*RJ* 1993, 6648, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA) no existe pacto de *lex commissoria* alguno;

3) en otras 4, el pacto de *lex commissoria* estaba en contrato privado (y, por tanto, no inscrito) (SSTS de 18 de diciembre de 1991, *RJ* 1991, 9401, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE, de 14 de febrero de 1992, 20 *RJ* 1992, 1267, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús MARINA MARTÍNEZ-PARDO, de 20 de febrero de 1995 *RJ* 1995, 884, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES y de 27 de junio de 2006, *RJ* 2006, 3921, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE), y

4) tan solo en 2 sentencias (SSTS de 22 de marzo de 1993, *RJ* 1993, 2530, ponente: Excmo. Sr. D. Pedro GONZÁLEZ POVEDA y de 16 de marzo de 1995, *RJ* 1995, 2658, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL) la CRE estaba en escritura pública (no consta en los antecedentes si estaba o no inscrita, pero todo hace pensar que no).

En todos esos 8 casos, el Supremo falla a favor del vendedor que resuelve la venta. Por tanto, a pesar de que en las 8 sentencias que invoca la RDGSJFP de 15 de enero de 2021 el Tribunal Supremo confirmó la facultad de resolución del vendedor, que, como mucho, solo en dos de ellas el pacto de *lex commissoria* pudiera haber accedido al registro (por constar en escritura pública), la Dirección General entiende que esas sentencias confirman su entendimiento de que «[f]ormulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1993)».

Es especialmente inconsistente que la RDGSJFP de 15 de enero de 2021 invoque aquí la STS de 21 de septiembre de 1993, *RJ* 1993, 6648, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALA TRILLO-FIGUEROA, ¡en la que no existía pacto de *lex commissoria*! O que invoque la STS de 20 de febrero de 1995, *RJ* 1995, 884, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES que reproduce literalmente la STS de 9 de marzo de 1989, *RJ* 1989, 2029, ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo FERNÁNDEZ-CID DE TEMES en la que, aunque existía una CRE, constaba en contrato privado y por tanto no estaba inscrita.

Otra prueba de la incorrección de la «*doctrina tradicional*» de la Dirección General es el contraste con el tratamiento del ejercicio de una opción de compra: la Dirección General no tiene empacho alguno en admitir la inscripción del dominio a favor del optante, y la cancelación de los derechos reales posteriores a la inscripción de la opción de compra, con la presentación del acta notarial unilateral de ejercicio de la opción, en casos en los que el comprador se niega a otorgar la escritura de compraventa, sin preocuparse en ese caso de si existe oposición o aquiescencia del titular o los terceros registrales (resultando la oposición del dueño gritante de la misma negativa a otorgar la escritura de venta). Es el caso de las RRDGRN de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), 7 de diciembre de 1978 o de 19 de julio de 1991 (*RJ* 1991, 5445). En palabras de esta última:

*«La tendencia jurisprudencial últimamente reseñada acoge aquella concepción mayoritaria de la doctrina que en base a las necesidades prácticas y del tráfico negocial entiende que al perfeccionarse el contrato de opción queda ya prestada la declaración negocial suficiente para que se produzca el efecto jurídico perseguido como eventualmente definitivo por las partes, de modo que no es necesaria una nueva declaración para que el camino negocial desemboque en el resultado final, si así lo decide quien está facultado para ello, aunque sea mediante declaración unilateral, y todo esto puede convenirse por los contratantes al amparo del artículo 1255 del Código civil».*

El automatismo de la reinscripción del dominio a favor del vendedor que ejercita una CRE inscrita había sido incluso destacado por la propia Dirección General, antes de la malhadada «*doctrina tradicional*»:

*«la especie de autotutela que el artículo 59 RH establece, al permitirle [al vendedor] unilateralmente inscribir de nuevo el inmueble a su nombre»* (RDGRN de 24 de noviembre de 1964, *RJ* 1964, 5925).

*«[...] los mencionados preceptos introducen un enérgico sistema de autotutela a favor del vendedor, que le permite obtener la reinscripción de los bienes transmitidos en caso de incumplimiento por el comprador de su obligación de*

*pagar el precio, a través de un procedimiento caracterizado por su automatismo»* (RDGRN de 17 de noviembre de 1978, BOE de 2 de diciembre de 1978).

En el mismo sentido, la RDGRN de 3 de junio de 1961 (*RJ* 1961, 2754) rechaza expresamente la necesidad del refrendo judicial para la cancelación de los embargos posteriores precisamente porque quedan *«extinguidas por circunstancias que constan en el propio Registro, como ocurre en el presente caso, en el que se practicaron dos anotaciones de embargo sobre una finca gravada con condición resolutoria»*.

Incluso tras el advenimiento de la *«doctrina tradicional»*, la Dirección General ha seguido enfatizando el carácter de especial garantía en que la *lex commissoria* consiste por comportar *«una vigorosa medida de autotutela [...] como garantía para el vendedor (o para el cedente) de cosa inmueble, para el caso de que el comprador —o cesionario— no pague el precio, o la contraprestación a su cargo»* (RDGRN de 10 de julio de 2013, *RJ* 2013, 6671).

Tanto la jurisprudencia de los tribunales como la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo destacan la especial garantía en que consiste el pacto de *lex commissoria*:

*«El artículo 1504 del Código civil comporta en efecto «una forma de autotutela privada que tiene su fuente en el pacto añadido a un contrato sinalagmático y en el cual se estipula que en el caso de que una determinada obligación no sea cumplida en el modo y tiempo establecidos pueda el acreedor insatisfecho ejercer un poder privado de resolución que se hace efectivo por medio de una declaración unilateral recepticia»* (SAP de Badajoz de 29 de abril de 2002, *AC* 2003, 485).

*«Como señalan, entre otras, las Sentencias de esta Sala de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8786), 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8401) y 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4939), el pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 del Código civil [...] constituye una garantía para el vendedor; siendo perfectamente posible recoger en el contrato una condición resolutoria expresa, para el supuesto de incumplimiento de la obligación esencial de pago»* (STS de 26 de noviembre de 2007, *RJ* 2008, 28, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE).

*«Conforme se ha dicho, entre otras, en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8401), «el pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 del Código civil, [...] constituye, como dice la Sentencia de 5 de diciembre de 2003 (RJ 2003, 8786), una garantía para el vendedor. El incumplimiento de la obligación de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa con efectos «ex tunc», retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido (Sentencias de 11*



de junio de 1991, RJ 1991, 4444, 24 de julio de 1999, RJ 1999, 6356 y 5 de diciembre de 2003)» (STS de 17 de julio de 2007, RJ 2007, 4939, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE).

«El pacto comisorio, contemplado en el artículo 1504 del Código civil es una garantía para el vendedor de cosa inmueble; en un supuesto de resolución de contrato por incumplimiento de la obligación esencial de pago, puede estar añadida, como en el presente caso, la condición resolutoria expresa. El incumplimiento de la obligación de pago puede ser total o parcial; en todo caso, básico y esencial. El incumplimiento de la obligación de pago produce el efecto de resolver el contrato de compraventa, con efecto retroactivo, con efectos ex tunc lo que supone volver al estado jurídico preexistente, como si el negocio o se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido (STS de 11 de junio de 1991, RJ 1991, 4444 y 24 de julio de 1999, RJ 1999, 6356).» (STS de 5 de diciembre de 2003, RJ 2003, 8786, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ [en un caso de CRE con cláusula penal]).

En el mismo sentido, la STS de 20 de septiembre de 2006, RJ 2006, 8401, ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta y la STS de 26 de noviembre de 2007, RJ 2008, 28, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE.

De todo lo anterior resulta que la «doctrina tradicional» de la DGRN en torno a la exigencia de aquiescencia o de no oposición por parte del comprador o de los terceros registrales como requisito para la reinscripción del dominio de la cosa vendida a favor del vendedor cuando se ejercita una CRE inscrita es contraria a la ley (en particular, a los arts. 1504 CC, 59 RH y 175.6.<sup>a</sup> RH), así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de condiciones resolutorias explícitas inscritas.

En la RDGSJFP de 15 de enero de 2021 (RJ 2021, 219), la DGSJFP se limita a invocar, como argumento de autoridad, su «doctrina reiterada» en torno a la exigencia de la «no oposición». Pero lo hace tras haber transcrito literalmente las alegaciones que, en la RDGRN de 29 de agosto de 2019 (RJ 2019, 4253) permitieron a esa misma Dirección General apartarse de esa doctrina «reiterada» (tras haber estimado la perfecta coincidencia de las circunstancias de ambos casos como base para apartarse de esa misma «doctrina reiterada» en la estimación del recurso en cuanto al primero de los defectos de la nota de calificación, relativo a la innecesariedad de la consignación del precio recibido) y, por tanto, sin aportar el menor argumento en apoyo de la «doctrina tradicional».

En prueba de la corrección de la tesis de la Resolución de 29 de agosto de 2019 (RJ 2019, 4253) (y, en consecuencia, de la incorrección de la «doctrina reiterada») puede traerse a colación la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 47 de Barcelona de 4 de junio de 2020 (JUR 2020, 284695)

que «*dando por reproducido el contenido íntegro de la resolución dictada por la DGRN [la Resolución de 29 de agosto de 2019, RJ 2019, 4253], [...] procede estimar íntegramente la demanda y revocar la resolución [de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña de 25 de junio de 2019, Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña de 7 de agosto de 2019] citada, ordenando la inscripción de la escritura de compraventa [con CRE que también dio lugar a la RDGRN de 29 de agosto de 2019]*».

## V. LOS PRINCIPIOS HIPOTECARIOS DE LEGITIMACIÓN REGISTRAL Y DE CALIFICACIÓN Y LA «DOCTRINA TRADICIONAL» DE LA DGSJFP EN TORNO A LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPLÍCITAS

### 1. EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD COMO PRIMER SISTEMA DE JUSTICIA PREVENTIVA EN EL TRÁFICO INMOBILIARIO

En nuestro Derecho, el Registro de la Propiedad se configura como sistema de justicia cautelar o preventiva, al servicio del tráfico inmobiliario. Como destaca la doctrina especializada, el Registro de la Propiedad es «*la institución jurídica que constituye el instrumento básico o esencial del Derecho inmobiliario registral*», cuyo fin es «*dar seguridad a la propiedad inmueble y proteger el tráfico jurídico sobre la misma*»<sup>47</sup>. O «*un órgano estatal del ordenamiento jurídico que, mediante la apreciación de la legalidad de los datos que se aportan, declara una situación jurídica respecto de un derecho real inmobiliario*»<sup>48</sup>, que tiene por objeto «*la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles*» (arts. 1 LH y 605 CC).

Para que el Registro de la Propiedad pueda prestar tamaño servicio al tráfico inmobiliario y a la seguridad jurídica, se hace imperativa la aplicación de los llamados principios hipotecarios entre los que juega un papel vital el principio de legitimación registral y el de calificación registral.

### 2. EL PRINCIPIO HIPOTECARIO DE LA LEGITIMACIÓN REGISTRAL

No en vano ha sido calificado como «*uno de los fundamentales principios hipotecarios del sistema inmobiliario español*»<sup>49</sup>, que descansa nada más y nada menos que en el principio de seguridad jurídica del artículo 9 III de la Constitución española y el de tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución española (STC de 20 de abril de 1988, RJ 1988, 72 o STS de 6 de junio de 1988, RJ 1988, 4818, ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo



BURGOS PÉREZ DE ANDRADE; RRDGRN de 28 de julio de 1988, 12 de mayo de 1993 o 28 de diciembre de 1995, entre otras muchas).

Aunque el exponente fundamental de este principio es el artículo 38 LH, aparece igualmente en el párrafo tercero del artículo 1 LH, en los artículos 41 o 97 LH, en los concordantes del Reglamento Hipotecario, en el artículo 3.2 de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Expropiación Forzosa, y en otras muchas disposiciones legales y reglamentarias.

Dicho principio queda habilitado en nuestro sistema jurídico en el artículo 608 del Código civil al establecer que *«para determinar los efectos de las inscripciones y anotaciones»* y *«el valor de los asientos»* se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, o en el artículo 607 del Código civil al sancionar el carácter público del registro para los que tengan interés conocido en *«averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales anotados o inscritos»*.

Como sanciona el artículo 1 III LH, los *«asientos del Registro [...] están bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley»*.

La formulación positiva del principio de legitimación registral se contiene así en el artículo 38 LH: la presunción de que lo inscrito en el Registro existe y pertenece al titular registral en la forma que expresa el asiento. En tanto que la negativa se contiene en el artículo 97 LH al presumirse la extinción del derecho como consecuencia de la cancelación registral del asiento. Todo ello bajo la garantía de la salvaguarda judicial de los asientos que proclama el artículo 1 III LH: los asientos del Registro están bajo la garantía de los Tribunales y producen todos sus efectos en tanto no se declare [judicialmente] su inexactitud en los términos establecidos en la Ley Hipotecaria.

Conforme a la STS de 19 de julio de 2005, RJ 2005, 9639, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente AUGER LINÁN, el principio de legitimación registral se define *«sobre las dos ideas conexas de la presunción de exactitud y de la legitimación. En tal sentido puede definirse como aquel principio hipotecario, en virtud del cual, los asientos del Registro se presumen exactos y veraces y, a consecuencia de ello, al titular registral reflejado en los mismos se le considera legitimado para actuar en el tráfico jurídico, en el ámbito procesal y extraprocésal como tal titular, en la forma determinada que el propio asiento determine»*.

Las dos manifestaciones fundamentales de la legitimación registral son la presunción de exactitud del Registro, apoyada, a su vez, en la salvaguarda judicial o protección judicial del asiento (art. 1 III LH), y la configuración del Registro como medio privilegiado de prueba del derecho inscrito, como la STS de 17 de octubre de 1989, RJ 1989, 6928, ponente: Excmo. Sr. D. Ramón LÓPEZ VILAS se preocupa de destacar.

No es solo que el Registro «*dispense la prueba*» de su derecho al titular registral, sino que «*dispensa otras pruebas*». No solo es el asiento registral un hecho del que la ley deriva o presume un derecho, sino una situación jurídica de la que la ley deriva o presume la titularidad, generando una verdadera «*investidura formal organizada por el propio Ordenamiento*», que impone a quien lo contradice la carga de la contraprueba sino, aún más, una «*carga de certeza*» o de «*prueba integral de lo contrario*» para desvirtuar el Registro<sup>50</sup>.

Precisamente por tener carácter *iuris tantum* la presunción de exactitud registral, las personas «*interesadas en que no prevalega el resultado de esta presunción deberán probar, demostrar o acreditar con los medios adecuados que el Registro es inexacto en el particular de que se trate, por discordar de la realidad jurídica extrarregistral*». De tal manera que la desvirtuación rectificadora de la presunción de exactitud del Registro corresponde, «*con carácter general, a los Tribunales de justicia*»<sup>51</sup>, y en ningún caso, al registrador o a la Dirección General, a la vista del limitado alcance de la prueba oponible en el procedimiento registral (RDGRN de 28 de mayo de 1971, *RJ* 1971, 3403).

La STS de 23 de mayo de 2002, *RJ* 2002, 6422, ponente: Excmo. Sr. D. Clemente AUGER LIÑÁN recogiendo la doctrina ya acogida en la STS de 21 de marzo de 1953, *RJ* 1953, 912 ponente: Excmo. Sr. D. Celestino VALLEDOR ENFATIZA:

«[...] en nuestro sistema el asiento registral protege las situaciones jurídicas que aquel proclama [...], quedando así relevado el titular *secundum tabulas* de la obligación de probar la concordancia con la realidad extrahipotecaria y desplazando esta obligación, en régimen de inversión de prueba, a la parte que contradiga la presunción mencionada, debiendo atenerse los Tribunales en su cometido a una razonable valoración jurídica de los hechos que estimen probados para dar por desvirtuada la presunción *iuris tantum*».

Que la presunción de exactitud del Registro en la que se apoya el principio de legitimación registral sea de las del tipo *iuris tantum* (como resulta expresamente del art. 1 III LH, en conformidad con lo dispuesto en el art. 385 III LEC, que deroga el art. 1.251 I CC) no desvirtúa un ápice el trascendental papel de este principio en el tráfico inmobiliario. La presunción de exactitud y validez del Registro es, como el artículo 38 LH ensalza, «*a todos los efectos legales*» y, por tanto, a los efectos hipotecarios y extrahipotecarios, procesales y sustantivos, civiles, administrativos, etc.

Se singulariza el alcance de la presunción de exactitud del Registro a los efectos de la calificación registral, en el sentido de que el registrador, al calificar, debe atender al contenido del Registro, al título presentado y al derecho aplicable, pero no puede denegar o rechazar la inscripción

en base a alegaciones, consideraciones o circunstancias extrarregistrales, particularmente los que estén en contradicción con el Registro. Eso mismo aplica, obviamente, a la DGSJFP, al evaluar los recursos presentados frente a la calificación registral.

La presunción de exactitud del Registro opera no solo cuando se trata de proteger a terceros adquirentes merecedores de la fe pública registral del artículo 34 LH, sino «*también cuando haya que mantener, aunque sea provisionalmente [...] la titularidad de cualquiera que aparezca tener inscrito a su favor un derecho real inmobiliario*»<sup>52</sup>.

En cuanto al objeto, la presunción de exactitud del Registro que deriva del principio de legitimación registral se refiere:

- 1) a la existencia y subsistencia del derecho inscrito;
- 2) a la titularidad o pertenencia del derecho inscrito al titular registral (la STS de 17 de noviembre de 1997, *RJ* 1997, 7895, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE alude a la presunción del artículo 38 LH como refuerzo para el éxito probatorio del dominio propio de la acción reivindicatoria);
- 3) a la existencia y licitud de la causa del negocio del que resultó el derecho (STS de 25 de noviembre de 1997, *RJ* 1997, 8428, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio GULLÓN BALLESTEROS), en relación con la configuración del Registro de la Propiedad como un registro de derechos y no de mera transcripción (*ex arts. 18 y 99 LH*) que obliga a consignar en el asiento «*el título genérico de adquisición*» (art. 51.12.<sup>a</sup> RH); y, por último,
- 4) a la extensión del derecho inscrito, «*lo que significa que el derecho se presume con los pactos, condiciones y modalidades inscritas, conforme a la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 51 del Reglamento Hipotecario*»<sup>53</sup>.

La legitimación registral comprende así «*la existencia, extensión, titularidad, causa jurídica de la mutación y ejercicio de los derechos reales inmobiliarios, debidamente registrales y sin constancia de la contradicción registral, atendiendo al conjunto de la hoja del registro correspondiente, y a todos los efectos legales*»<sup>54</sup>. Y se reputa respecto de los «*derechos reales*» o del «*dominio de los inmuebles*» (art. 38 I), o, más ampliamente, los «*derechos inscribibles*» (art. 1 III LH) lo que, de forma incuestionable, comprende las CRE en garantía del precio aplazado, como resulta indefectiblemente del artículo 9.2.<sup>a</sup> LH, del artículo 11 LH, del artículo 51.6.<sup>a</sup> RH, del artículo 58 RH, del artículo 59 RH, del artículo 174 RH o, aún más contundentemente, del artículo 175.6.<sup>a</sup> RH.

Aunque el artículo 38 LH exprese que se presume que el titular registral tiene la «*posesión*», existe unanimidad en la doctrina hipotecarista y en la jurisprudencia que esto abarca el *ejercicio* del derecho inscrito. Para NÚÑEZ

LAGOS, el artículo 38 LH, refunde con mejor redacción ideas de los artículos 20 o 34 LH, para situar al titular inscrito en una situación preeminente en cuanto al ejercicio, activo o pasivo, de toda clase de acciones<sup>55</sup>.

La aplicación del principio de legitimación registral exige que no conste en el Registro contradicción alguna que pueda enervar, temporal o definitivamente, el vigor del asiento (que surgiría, por ejemplo, cuando se haya practicado anotación preventiva de demanda en la que se ejercite alguna acción contradictoria con el derecho inscrito) y obliga a atender al conjunto del contenido de la hoja, folio o registro particular abierto a la finca de que se trate.

Es la importancia de la legitimación registral en el ordenamiento jurídico español lo que justifica o fundamenta el párrafo segundo del artículo 38 LH, que obliga a quien ejercite cualquier acción contradictoria con el Registro a que, previa o simultáneamente, entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción. Quien contienda con el titular inscrito, quien discuta, cuestione o se oponga al ejercicio del derecho inscrito *«en la forma determinada por el asiento respectivo»* no puede hacerlo sin la carga procesal, de forma previa o, como tarde, a la vez, de entablar frente al titular registral demanda de nulidad o cancelación, o sea, demanda orientada a la rectificación del Registro. No cabe cualquier otra forma de hostigamiento, negación o reivindicación contra el derecho inscrito o el titular registral, que no venga acompañada de la previa o simultánea reclamación judicial:

*«Para que prospere pretensión que contradiga la exactitud del asiento registral se requiere que conjuntamente se ejercite bien la de nulidad, bien la de cancelación de dicho asiento, única forma hábil de evitar que coexistan un pronunciamiento de los Tribunales declarando un derecho real a favor de una determinada persona o proclamando su extinción y un asiento del Registro de la Propiedad, bajo la salvaguardia de los Tribunales»* (STS de 22 de abril de 1983, *RJ* 1983, 2117, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SÁNCHEZ JÁUREGUI).

En idéntico sentido, se expresan las SSTs de 18 de marzo de 1997, *RJ* 1997, 1982, ponente: Excmo. Sr. D. José ALMAGRO NOSETE, de 16 de julio de 1997, *RJ* 1997, 5610, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ o 1 de abril de 1998, *RJ* 1998, 1912 ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, entre tantas otras.

En palabras de la STS de 7 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1524), se trata de evitar *«el monstrum iuris de una inscripción de una determinada «forma» que, como se ha dicho, el Registro ampara y protege, que estaría contradicha por la forma que determinase una hipotética resolución judicial que viniese a determinar otra distinta»*. Y por tanto, no es posible ejercitar acción o excepción contradictoria con el Registro *«mientras no se produzca la consiguiente contraprueba ante los Tribunales»* y que deba *«mantenerse vigente el*

*registro mientras no se conozca en juicio sobre su contenido, y se decrete en sentencia firme su cancelación»<sup>56</sup>.*

Que la desvirtuación del Registro solo puede proceder en el seno de un procedimiento judicial, y no de cualquier otro modo, es algo que resulta de la propia garantía judicial del contenido del Registro.

Por acción «*contradictoria*» con el Registro, evidentemente, hay que tener a la acción reivindicatoria, a la acción declarativa de dominio, a la acción negatoria, a la acción de nulidad y demás acciones de ineficacia del contrato inscrito. Pero también, dada la generosidad de la proclamación legal de la «*salvaguardia judicial*» del Registro, a quien pretenda la mera rectificación del Registro (art. 40 d) LH) (como la STS de 13 de diciembre de 1955, *RJ* 1955, 3617, ponente: Excmo. Sr. D. Juan SERRADA HERNÁNDEZ) o a quien niegue, activa o pasivamente, el despliegue del efecto de los derechos inscritos, en la forma en que están inscritos.

La rectificación del Registro, caso de que prospere la acción contradictoria ejercitada judicialmente, cuando suponga una cancelación «*podrá pedirse y deberá ordenarse [...] cuando se declare la nulidad del título en cuya virtud se hayan hecho*» (art. 79.3.º LH) y, por tanto, solo con efectos *ex nunc*.

Y así, incluso si el acto o contrato inscrito es nulo o anulable, en cuanto están inscritos, «*forman o constituyen el contenido del Registro, contenido que puede surtir los efectos derivados del principio de fe pública registral y del de legitimación, pues ya se sabe que ello puede provocar una inexactitud registral, y, no obstante, vale como si el Registro fuese exacto*» pues se produce «*una especie de sustantividad del contenido del Registro, de momento, en el sentido de adquirir un valor autónomo desconectado de los títulos registrados o, lo que es lo mismo, de los presupuestos necesarios que sirvieron para la práctica de los asientos correspondientes [...] Lo meramente registral o tabular se reputa por sí mismo como si fuera expresión de la verdad, cosa que por lo general, y estadísticamente, resulta serlo*»<sup>57</sup>. «*Todos los títulos mejoran de condición al pasar por el Registro*» escribía GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ<sup>58</sup>.

La protección sustantiva que el principio de legitimación registral confiere al titular registral se combina con una protección procesal, tanto ofensiva como defensiva (la STS de 20 de mayo de 2005 asocia las ventajas de derecho material y procesal de los titulares registrales a la «*situación legitimada*» que el Registro produce en nuestro Derecho):

Quando demanda, el titular registral está eximido de la prueba de su derecho («*el titular, según el Registro, gozará asimismo de una justa y adecuada protección, al exonerarle de la carga de la prueba*» dice la exposición de motivos de la LH de la reforma de 1944). Por gozar de una presunción legal, el titular registral se favorece de la regla procesal del artículo 385.1 LEC. En palabras de la más autorizada doctrina hipotecarista, «*[t]odo aquel*

*que invoque en juicio la realidad presunta que proclama el Registro, utilizando la presunción legitimadora, deberá probar la existencia y subsistencia de la inscripción, pero quedará exento de la necesidad de probar la existencia del derecho»<sup>59</sup>.*

Pero no solo se produce una inversión de la carga de la prueba, sino que se exige a quien contraría el Registro una «*carga de certeza*», para llevar a la convicción plena del Juez que el asiento es inexacto»<sup>60</sup>. Del mismo modo, y como el propio artículo 41 LH declara expresamente, las acciones allí atribuidas al titular registral están «*basadas en la legitimación registral que reconoce el artículo 38*».

El principio de legitimación registral implica que no pueda inscribirse o anotarse en el Registro de la Propiedad cualquier sentencia judicial contradictoria con el registro recaída en un procedimiento en el que el titular registral no haya sido parte (STS de 21 de diciembre de 1966, *RJ* 1966, 5851, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN, o STC de 20 de abril de 1988, *RJ* 1988, 72, ponente: Excmo. Sr. D. Luis LÓPEZ GUERRA, entre otras muchas).

*«Fruto del principio de legitimación, se considera que el titular registral puede actuar en el tráfico, y en el proceso, en la manera que refleja el asiento correspondiente»<sup>61</sup>.*

Naturalmente, el respeto al principio de legitimación registral que deriva de la ley se impone a todos, incluidos los tribunales de justicia y la administración pública (RDGRN de 3 de julio de 1962, *RJ* 1962, 3147) y, singularmente, a los registradores de la propiedad:

*«La presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito, que opera a todos los efectos legales (art. 38 LH), así como el principio de la salvaguardia judicial de los asientos registrales imponen, tanto al registrador calificador como a la propia Administración Pública, la aceptación de la titularidad dominical que el Registro proclama, en tanto los Tribunales no declaren su inexactitud»*, en palabras de la RDGRN de 13 de enero de 1998, *RJ* 1998, 272.

La STS de 3 de julio de 1962, *RJ* 1962, 3114, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN aún es más enfática al declarar la necesaria vinculación al principio de legitimación registral respecto a los tribunales, autoridades y funcionarios «*ante los cuales se tramiten se sustancien o tramiten los correspondientes juicios, expedientes y demás procedimientos que tengan relación con el contenido del Registro, en lo que se refiere a la existencia de los derechos reales inscritos, y a su titularidad o extensión*».

En la calificación registral, el registrador (y la DGSJFP, en vía de recurso gubernativo) ha de proceder no solo de acuerdo con el documento

presentado a inscripción sino también «*por lo que resulte [...] de los asientos del Registro*» (art. 18 LH). El dominio y los demás derechos reales inmobiliarios y la seguridad del crédito territorial descansan en el Registro, cuyas declaraciones obligan «*incluso al Estado*» el cual está interesado en conservar y desenvolver plenamente la eficacia de un sistema estatuido por él mismo para el mejor régimen de la propiedad inmueble (RDGRN de 20 de enero de 1960).

La STS de 25 de octubre de 1991, *RJ* 1991, 7239, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso BARCALÁ TRILLO-FIGUEROA es un adecuado resumen de todo lo anterior:

*«El principio de legitimación registral o exactitud registral establece una doble presunción: que lo aparecido en los asientos registrales es verdadero o exacto para todos los efectos jurídicos, y que el derecho inscrito existe y subsiste mientras no se cancele, y corresponde al titular indicado por la inscripción, lo que viene a significar que el Registro prevalece sobre cualquier título de derecho civil no inscrito y que lo que da a conocer el Registro es la verdad jurídica [...].»*

Aunque quizá el resumen más elogiado por la doctrina del principio de legitimación registral se contiene en la vetusta STS de 23 de noviembre de 1961, *RJ* 1961, 4112, ponente: Excmo. Sr. D. Francisco BONET RAMÓN:

*«Como expresa la exposición de motivos de la reforma hipotecaria de 30 de diciembre de 1944 el Registro se presumirá exacto e íntegro mientras judicialmente no se declare lo contrario, presumiéndose igualmente que el derecho inscrito existe y corresponde al titular, con lo que la presunción “*juris tantum*”, de exactitud registral, que solo limitada y taxativamente se reconocía por la legislación en vigor, alcanza a todos los supuestos hipotecarios, gozando asimismo el titular, según el Registro, de una justa y adecuada protección al exonerarle de la carga de la prueba. [...] Presumiéndose que el Registro es exacto, en cuanto da por existente un derecho real inscrito, con su titularidad y extensión registral y su ejercicio, o lo reputa inexistente por efecto de una cancelación, es evidente que la demostración o prueba en contrario ha de dirigirse por su propia esencia a enervar o destruir dicha presunción, lo que se consigue demostrando o probando que no existe aquel derecho real inscrito, por ser el verdadero titular del mismo distinto del que publica el Registro, o por no tener su titular registral la posesión, o ser diferente la extensión del derecho a la registrada, o bien que exista el derecho a pesar de la cancelación del asiento respectivo, demostración que podrá hacerse por los medios de prueba adecuados en cada caso que justifiquen que el Registro es inexacto en aquellos extremos a que se extiende la presunción de exactitud.»*



Al reconocimiento del carácter de presunción *iuris tantum* de la legitimación registral anuda el Tribunal Supremo la consecuencia de que incumbe a quien, por acción o excepción, niega el Registro, o el ejercicio del derecho tal y como resulta del Registro, la carga de la alegación y de la prueba de su derecho, sin que el titular registral vea restringido el ejercicio de sus derechos hasta tanto no recaiga una resolución judicial que estime la tesis del contradictor y, entonces, solo a partir de ese momento, conforme a la exigencia de los artículos 34 y 40 *in fine* LH.

Así, quien se ampara en el contenido del Registro, tiene derecho a ser mantenido en el ejercicio de su derecho incluso en caso de contradicción o impugnación por tercero, pero sin perjuicio de que el tercero pueda, en el seno del oportuno procedimiento judicial contradictorio y plenario, acreditar y probar su derecho y, con la correspondiente sentencia firme, conseguir la rectificación del Registro.

Son muchos los pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo, como de la propia Dirección General, que enfatizan el derecho a la contradicción judicial de quien, no beneficiado por el contenido del registro, o no conforme con el ejercicio del derecho por el titular registral tal y como resulta del Registro, plantea cualquier acción o excepción, sin que esa contestación condicione, limite o impida, siquiera cautelarmente, el ejercicio de los derechos inscritos. Es el caso de las SSTs de 5 de noviembre de 2007, *RJ* 2007, 8101, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús CORBAL FERNÁNDEZ, de 23 de julio de 2010, *RJ* 2010, 6573, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER o de 2 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6578, ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Ernesto PECES MORATE, o de la RDGRN de 6 de febrero de 2013 (*RJ* 2013, 3060).

La STS de 19 de julio de 2005, *RJ* 2005, 9015, ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso VILLAGÓMEZ RODIL enfatiza que la rectificación del Registro, o la denegación del ejercicio del derecho tal y como resulta del Registro, solo puede resultar de un documento auténtico en el que el perjudicado por la rectificación del registro la consienta, o acepte la limitación en su derecho, o de sentencia judicial firme recaída en procedimiento seguido frente al titular registral, quedando excluida, por tanto, cualquier rectificación o limitación al ejercicio del derecho inscrito por parte del registrador de la propiedad o la Dirección General:

*«El referido precepto (art. 40 LH) autoriza la rectificación del Registro a cargo del titular del dominio o derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto, estableciendo las normas para llevar a cabo tal rectificación, previniendo la posibilidad de que sea utilizada la vía judicial y en cuyo caso la demanda deberá dirigirse contra las personas que el artículo señala y esta acción no se integró expresamente en el suplico de la demanda».*



La eficacia defensiva y ofensiva del principio de la legitimación registral se destaca en la STS de 14 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 3044, ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ que impone a quien mantenga una acción contradictoria con el Registro la obligación de promover un procedimiento judicial dirigido a la declaración judicial de la nulidad o la cancelación del registro:

«[...] de ahí que este artículo 38 exige que el que ejercite una acción contradictoria con el registro pida también la nulidad o cancelación del asiento contradictorio».

En el mismo sentido, las SSTS de 9 de julio de 2001, *RJ* 2001, 4997, ponente: Excmo. Sr. D. Román GARCÍA VARELA, de 6 de julio de 2009, *RJ* 2009, 4327, ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón FERRÁNDIZ GABRIEL, y de 21 de septiembre de 2012, *RJ* 2012, 9335, ponente: Excmo. Sr. D. Antonio SALAS CARCELLER, entre otras muchas.

En conclusión de todo lo anterior, cuando consta inscrita una CRE, y no consta registralmente el pago del precio aplazado antes de la resolución de la venta por parte del vendedor en ejercicio de dicha CRE, del principio de legitimación registral debería extraer el registrador de la propiedad (y la DGSJFP):

1) que el comprador no puede contrariar, por acción o por excepción, la CRE inscrita, ni su ejercicio ante el impago del precio aplazado, sin que *«previamente, o a la vez»* promueva la correspondiente demanda judicial frente al vendedor mandante en la que contrarie o niegue la CRE o su ejercicio;

2) que, en tanto no se declarara eventualmente por los tribunales (en el seno de esa demanda judicial) la nulidad de la CRE inscrita, esta se presume válida y existente *«a todos los efectos legales»*, lo que debe inexorablemente conducir al registrador de la propiedad (y a la DGSJFP) a reinscribir el dominio de la finca vendida a favor del vendedor no obstante la oposición a la resolución expresada por el comprador o los terceros registrales, salvo que se acreditara precisamente y de forma fehaciente el pago del precio aplazado antes de la resolución notarial o judicial de la venta.

3. El principio hipotecario de la calificación registral

Existe unanimidad en la doctrina hoy<sup>62</sup> en considerar las notas de calificación, y las resoluciones de la DGSJFP frente a ellas, como expedientes de jurisdicción voluntaria que no afectan al derecho sustantivo en sí, ni entrañan proceso contradictorio, en los que no existe decisión jurisdiccional alguna (RRDGRN de 26 de junio de 1986, *RJ* 1986, 3844 o de 6 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4650). La limitación de los medios de prueba admisibles

y la ausencia de contradicción como tal alejan en todo caso el proceso registral de los procesos judiciales (RRDGRN de 23 de marzo de 1961, *RJ* 1961, 897, o 23 de febrero de 1968, *RJ* 1968, 3644).

La calificación registral no tiene por objeto declarar la existencia o inexistencia de un derecho dudoso o controvertido entre partes contendientes sino simplemente publicar, mediante su inscripción, un derecho real o situación jurídica inmobiliaria. Pues la calificación está limitada a los meros efectos de practicar o rechazar la inscripción (art. 101 RH). No solo el ámbito objetivo de control es limitado en la calificación registral, sino que también son limitados los medios admisibles de prueba y contraprueba (RDGRN de 19 de abril de 2006, BOE de 30 de mayo) a diferencia del carácter plenario del procedimiento jurisdiccional.

Relacionado con lo anterior, MEZQUITA<sup>63</sup> considera la calificación registral englobada en un sistema unitario del Derecho cautelar que engloba el amparo cautelar, denominado impropiaamente jurisdicción voluntaria, el control formal documental, en la que destaca la actuación notarial, y el control y publicidad registral, y de ahí que la calificación o la resolución de la Dirección General que la confirma o la revoca no tiene cualquier efecto de cosa juzgada. Por eso, incluso aunque se produzca la reinscripción a favor del vendedor del dominio de la cosa vendida en ejercicio de una CRE inscrita, queda incólume el derecho del comprador o de los terceros registrales, a contender o cuestionar la procedencia de la resolución ante los tribunales.

La relevancia de la calificación registral se enfatiza cuando la doctrina le arroga el carácter de «juicio de crítica jurídica» (LACRUZ<sup>64</sup>) o de «control crítico-técnico de legalidad» (MEZQUITA<sup>65</sup>) y la propia LH es congruente con esa relevancia cuando permite, por ejemplo, que el interesado en una inscripción, cancelación o anotación preventiva obtenga una *minuta* o borrador de los asientos antes de que se practiquen y, si notara algún error u omisión importante, podrá pedir que se subsane, acudiendo al juzgado de primera instancia si el registrador se negare a hacerlo (art. 258 LH).

El artículo 18 LH define el ámbito objetivo de la calificación registral sobre «la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los contratantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulta de ellas y de los asientos del Registro». El artículo 65 IV LH precisa este último inciso, para indicar que no se integra en la calificación de un título todo el contenido del registro, sino solo «los asientos del Registro con él relacionados».

Debe atenderse en la calificación al contenido del registro relacionado con el título presentado a inscripción, pero solo al contenido del Registro vigente (RDGRN de 23 de noviembre de 2001, *RJ* 2002, 5361).

La calificación debe realizarse exclusivamente sobre la base de los documentos presentados a inscripción, el contenido vigente del Registro, y el Derecho vigente. En ningún caso pueden tener cualquier relevancia en la calificación datos o circunstancias extrarregistrales, precisamente porque en el proceso registral no existe posibilidad de contradicción, ni prueba plena para los eventuales contendientes.

En la Resolución de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), la DGRN revoca la calificación registral que denegaba la inscripción de una opción de compra que incluía un mecanismo de ejercicio unilateral de la opción, por estimar el registrador que se daban circunstancias para entender que había una garantía encubierta de un préstamo, pudiendo ser un pacto comisorio prohibido. La DGRN ordena la inscripción:

*«Hay que presumir que la causa existe y es lícita, mientras no se pruebe lo contrario —art. 1.277 del Código civil—. Mantener el contenido de la nota de calificación supondría declarar la simulación del contrato, para lo que no es adecuado el procedimiento del recurso gubernativo, en donde se carece de elementos de juicio y pruebas propias de un procedimiento judicial. Al tratarse de una cuestión de hecho y extrarregistral, solo puede ser apreciada en el juicio declarativo correspondiente».*

De ahí que, para calificar la posible existencia o no de una causa ilícita (art. 1275 CC), ante la presunción legal de existencia y licitud de la causa (art. 1277 CC) o de la prueba de la veracidad o licitud de la misma, a pesar de la expresión de una causa falsa (art. 1276 CC) el registrador *«solo excepcionalmente deberá denegar la inscripción del acto o negocio jurídico cuando sea concluyente y del todo evidente, por las circunstancias que consten de la propia escritura pública o título inscribible, la ilicitud de la causa expresada en los mismos. Más, en general y en principio, la declaración de ilicitud debe ser apreciada y declarada competentemente por el órgano judicial que corresponda»*. Precisamente por imponerlo así el artículo 18 LH, el *«Registrador, en su calificación, no puede fundarse en lo que no conste en los títulos presentados, y en el contenido del Registro, de suerte que, salvo el Derecho aplicable, en funciones de calificación no existen para el Registrador sino estos elementos o medios y ninguno más»*<sup>66</sup>.

Por eso, la RDGRN de 25 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6599) señala que el registrador puede calificar la validez o nulidad de cualquier acto o negocio jurídico, pero solo cuando resulte claramente de los limitados medios de prueba con los que cuenta.

Ni siquiera la certeza que el registrador haya podido adquirir por circunstancias extrañas al título presentado pueden influir en la calificación,

ni las posibles conjeturas o el conocimiento de información extrarregistral (RRDGRN de 22 de diciembre de 1956, *RJ* 1957, 152, de 7 de junio de 1972, *RJ* 1972, 3504, y de 17 de febrero de 1986, *RJ* 1986, 1013).

Las resoluciones más recientes de la DGRN son incluso más militantes en la prohibición de utilización de medios o conocimientos extrarregistrales en la calificación o en la resolución de recursos gubernativos. Así, la Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2000 (*RJ* 2000, 5826) dice:

*«no puede el Registrador en su calificación tomar en consideración informaciones extrarregistrales, sea por conocimiento directo —salvo en el ámbito mercantil, lo dispuesto en el artículo 407.1 del Reglamento del Registro Mercantil— o por documentos obrantes en el Registro con asiento de presentación caducado, o aportados con fin distinto al de su inscripción».*

Y la RDGRN de 16 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5950) destaca:

*«[...] el artículo 18 de la Ley Hipotecaria, como se ha declarado reiteradamente, no permite utilizar datos conocidos por el registrador extrarregistralmente» o «el registrador no puede tener en cuenta en su calificación documentos presentados después, contradictorios o incompatibles con el primeramente presentado, si con ello se produce una desnaturalización del propio principio de prioridad».*

Ni siquiera la sospecha o la certeza del registrador de haberse cometido un delito con ocasión del título cuya inscripción se pretende puede ser considerada por el registrador para denegar la inscripción, como la RDGRN de 18 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 2192) enfatiza. Solo si el delito resultara del mismo título cuya inscripción se solicita permite el artículo 104 RH que el registrador suspenda la inscripción y de parte a la autoridad judicial con remisión del documento respectivo.

En la Resolución de 15 de enero de 2021, la DGSJFP, al prestar atención a la oposición formulada por el comprador para denegar la inscripción de la finca vendida en ejercicio de una CRE inscrita ante la falta de pago del precio aplazado, sin que conste registralmente su pago, ni inscripción o anotación marginal alguna que contrariaran el derecho de resolución del vendedor, vulnera el principio hipotecario de calificación registral que resulta del artículo 18 LH, tal y como ha sido interpretado por los autores, la doctrina de la propia Dirección General y la jurisprudencia:

— a pesar de que el principio de legitimación registral es una de las piedras angulares del derecho inmobiliario en nuestro país;

— a pesar de que constaba debidamente inscrita la transmisión del dominio al comprador (y, con ello, el integral cumplimiento de las obligaciones del vendedor), así como la CRE a favor del vendedor y la cláusula penal sobre las cantidades pagadas en caso de impago total, parcial o irregular del precio aplazado;

— a pesar de que esos asientos registrales están *«bajo la salvaguardia de los Tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en esta Ley»* (art. 1 III LH);

— a pesar de que se presume *«a todos los efectos legales»* que los derechos inscritos *«existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo»* (art. 38 I LH);

— a pesar de que queda prohibido ejercitar *«ninguna acción contradictoria con el dominio de inmuebles o derechos reales inscritos»* sin que *«previamente, o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente»* (art. 38 III LH);

— a pesar de que el principio de calificación registral obliga tanto al registrador como a la Dirección General a resolver las solicitudes de inscripción de los títulos presentados (o los recursos frente a las notas de calificación que las denieguen o suspendan) exclusivamente por lo que resulta de tales títulos *«y de los asientos del Registro»* (art. 18 I LH), sin que puedan dar valor alguno a información o documentación extrarregistral;

— a pesar de que la resolución de la venta se había efectuado notarialmente y comunicado al comprador conforme a lo previsto en los artículos 1504 del Código civil y 59 RH (como se reconoce en los antecedentes de dicha resolución);

— a pesar de que no constaba en el Registro anotación al margen de la inscripción acreditativa del pago del precio aplazado (conforme se habría permitido practicar, de haberse efectuado el pago, al amparo del artículo 58 RH), ni inscripción o anotación marginal contradictoria con los derechos del vendedor bajo la CRE;

— a pesar de que la oposición del comprador en torno a la resolución, lejos de evidenciar de forma fehaciente que se había efectuado el pago del precio aplazado antes de que el vendedor resolviera la venta, confiesa el impago;

— a pesar de que la oposición del comprador se limita a la impugnación genérica de la *«compraventa»*, *«de la condición resolutoria explícita»* o *«de la cláusula penal»*, o de la *«improcedencia»* de la resolución (sin desvirtuar esas meras alegaciones el contenido del Registro, ni aportar prueba fehaciente alguna, aunque incumbía a comprador la carga de probar el pago o la extinción de la obligación de pago del precio aplazado publicitada por el Registro), la RDGSJFP de 15 de enero de 2021

aplica los principios hipotecarios al revés para concluir que la oposición de la compradora impugnando la escritura de compraventa (¡por cuestiones relacionadas con los representantes legales de la fundación compradora!), impugnando la CRE inscrita y la cláusula penal inscrita, o la resolución del contrato de compraventa efectuada por el vendedor en ejercicio de esa CRE inscrita, son razones suficientes para negar al vendedor la inscripción que resulta del ejercicio de sus derechos inscritos, en la forma en que están inscritos que, en el caso de una CRE inscrita consiste, precisamente, en reinscribir el dominio de la cosa vendida a favor del vendedor.

## VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

### 1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 20 de abril de 1988, *RJ* 1988, 72

### 2. TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 28 de enero de 1944, *RJ* 1944, 223
- STS de 1 de mayo de 1946, *RJ* 1946, 558
- STS de 21 de marzo de 1953, *RJ* 1953, 912
- STS de 13 de diciembre de 1955, *RJ*
- STS de 13 de diciembre de 1955, *RJ* 1955, 3617
- STS de 30 de diciembre de 1955, *RJ* 1956, 241
- STS de 13 de febrero de 1959, *RJ* 1959, 479
- STS de 23 de noviembre de 1961, *RJ* 1961, 4112
- STS de 3 de julio de 1962, *RJ* 1962, 3114
- STS de 21 de diciembre de 1966, *RJ* 1966, 5851
- STS de 24 de junio de 1968, *RJ* 1968, 3279
- STS de 31 de octubre de 1968, *RJ* 1968, 4925
- STS de 16 de noviembre de 1978, *RJ* 1979, 3849
- STS de 26 de enero de 1980, *RJ* 1980, 167
- STS de 21 de marzo de 1980, *RJ* 1980, 1131
- STS de 30 de marzo de 1981, *RJ* 1981, 1137
- STS de 7 de abril de 1981, *RJ* 1981, 1524
- SSTS de 15 de abril de 1981, *RJ* 1981, 1655
- STS de 15 de abril de 1982, *RJ* 1982, 1952
- STS de 22 de abril de 1983, *RJ* 1983, 2117
- STS de 2 de febrero de 1984, *RJ* 1984, 571

- STS de 25 de mayo de 1984, *RJ* 1984, 2547
- STS de 7 de julio de 1987, *RJ* 1987, 5181
- STS de 27 de abril de 1988, *RJ* 1988, 3282
- STS de 6 de junio de 1988, *RJ* 1988, 4818
- STS de 9 de marzo de 1989, *RJ* 1989, 2029
- STS de 21 de marzo de 1989, *RJ* 1989, 2188
- STS de 9 de octubre de 1989, *RJ* 1989, 6897
- STS de 17 de octubre de 1989, *RJ* 1989, 6928
- STS de 15 de noviembre de 1989, *RJ* 1989, 7885
- STS de 9 de marzo de 1990, *RJ* 1990, 1684
- STS de 30 de marzo de 1990, *RJ* 1990, 1740
- STS de 22 de mayo de 1990, *RJ* 1990, 3828
- STS de 21 de julio de 1990, *RJ* 1990, 6124
- STS de 15 de febrero de 1991, *RJ* 1991, 1442
- STS de 7 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4430
- STS de 11 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4444
- STS de 2 de julio de 1991, *RJ* 1991, 5317
- STS de 25 de octubre de 1991, *RJ* 1991, 7239
- STS de 31 de diciembre de 1991, *RJ* 1991, 9272
- STS de 20 de marzo de 1992, *RJ* 1992, 2214
- STS de 22 de diciembre de 1992, *RJ* 1992, 10693
- STS de 31 de enero de 1994, *RJ* 1994, 639
- STS de 3 de mayo de 1994, *RJ* 1994, 3558
- STS de 18 de octubre de 1994, *RJ* 1994, 7486
- STS de 20 de febrero de 1995, *RJ* 1995, 885
- STS de 20 de febrero de 1995, *RJ* 1995, 884
- STS de 11 de octubre de 1995, *RJ* 1995, 7405
- STS de 21 de junio de 1996, *RJ* 1996, 5108
- STS de 4 de octubre de 1996, *RJ* 1996, 7036
- STS de 7 de noviembre de 1996, *RJ* 1996, 7914
- STS de 26 de diciembre de 1996, *RJ* 1996, 9279
- STS de 18 de marzo de 1997, *RJ* 1997, 1982
- STS de 9 de junio de 1997, *La Ley* 6355, 1997
- STS de 16 de julio de 1997, *RJ* 1997, 5610
- STS de 17 de noviembre de 1997, *RJ* 1997, 7895
- STS de 25 de noviembre de 1997, *RJ* 1997, 8428
- STS de 29 de diciembre de 1997, *RJ* 1997, 9605
- STS de 1 de abril de 1998, *RJ* 1998, 1912
- STS de 29 de abril de 1998, *RJ* 1998, 3269
- STS de 23 de enero de 1999, *RJ* 1999, 419
- STS de 28 de enero de 1999, *RJ* 1999, 328
- STS de 24 de julio de 1999, *RJ* 1999, 6356

- STS de 15 de noviembre de 1999, *RJ* 1999, 8217
- STS de 26 de noviembre de 1999, *RJ* 1999, 8436
- STS de 4 de diciembre de 1999, *RJ* 1999, 9011
- STS de 18 de mayo de 2000, *RJ* 2000, 3991
- STS de 9 de julio de 2001, *RJ* 2001, 4997
- STS de 28 de septiembre de 2001, *RJ* 2001, 7138
- STS de 10 de diciembre de 2001, *RJ* 2002, 1029
- STS de 23 de mayo de 2002, *RJ* 2002, 6422
- STS de 22 de octubre de 2002, La Ley 1006, 2003
- STS de 11 de abril de 2003, *RJ* 2003, 3579
- STS de 30 de junio de 2003 *RJ*, 2003, 4320
- STS de 15 de julio de 2003, *RJ* 2003, 4636
- STS de 5 de diciembre de 2003, *RJ* 2003, 8786
- STS de 18 de octubre de 2004, *RJ* 2004, 6571
- STS de 3 de diciembre de 2004, *RJ* 2004, 7910
- STS de 20 de mayo de 2005
- STS de 4 de julio de 2005, *RJ* 2005, 5275
- STS de 19 de julio de 2005, *RJ* 2005, 9639
- STS de 19 de julio de 2005, *RJ* 2005, 9015
- STS de 5 de octubre de 2006, *RJ* 2006, 6563
- STS de 3 de abril de 2007, *RJ* 2007, 1756
- STS de 17 de julio de 2007, *RJ* 2007, 4939
- STS de 5 de noviembre de 2007, *RJ* 2007, 8101
- STS de 14 de febrero de 2008, *RJ* 2008, 3044
- STS de 7 de marzo de 2008, *RJ* 2008, 2939
- STS de 11 de julio de 2008, *RJ* 2008, 6277
- STS de 13 de febrero de 2009, *RJ* 2009, 1489
- STS de 19 de mayo de 2009, *RJ* 2009, 3181
- STS de 6 de julio de 2009, *RJ* 2009, 4327
- STS de 1 de febrero de 2010, *RJ* 2010, 419
- STS de 19 de julio de 2010, *RJ* 2010, 6557
- STS de 23 de julio de 2010, *RJ* 2010, 6573
- STS de 2 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6578
- STS de 6 de septiembre de 2010, *RJ* 2010, 6953
- STS de 8 de marzo de 2011, *RJ* 2011, 2759
- STS (Pleno) de 4 de junio de 2011, *RJ* 2011, 5964
- STS de 10 de junio de 2011, *RJ* 2011, 4522
- STS de 4 de julio de 2011, *RJ* 2011, 5964
- Auto del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 2011, *JUR* 2011, 350448
- STS de 15 de diciembre de 2011, *RJ* 2012, 295
- STS de 10 de febrero de 2012, *RJ* 2012, 4523



- STS de 28 de febrero de 2012, *RJ* 2012, 4632
- STS de 4 de abril de 2012, *RJ* 2012, 5734
- STS de 16 de mayo de 2012, *RJ* 2012, 6351
- STS de 30 de mayo de 2012, *RJ* 2012, 6546
- STS de 10 de septiembre de 2012 —del Pleno— *RJ* 2013, 2266
- STS de 21 de septiembre de 2012, *RJ* 2012, 9335
- STS de 15 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 19
- STS de 16 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 1615
- STS de 22 de noviembre de 2012, *RJ* 2012, 10438
- STS de 28 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 187
- STS de 29 de noviembre de 2012, *RJ* 2013, 191
- STS de 16 de enero de 2013, *RJ* 2013, 3254
- STS de 18 de enero de 2013, *RJ* 2013, 1820
- STS de 26 de febrero de 2013, *RJ* 2013, 4935
- STS de 6 de marzo de 2013, *RJ* 2013, 3150
- STS de 11 de marzo de 2013, *RJ* 2013, 2591
- STS de 11 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3490
- STS de 24 de abril de 2013, *RJ* 2013, 3162
- STS de 10 de junio de 2013, *RJ* 2013, 3944
- STS de 19 de julio de 2013, *RJ* 2013, 498
- STS de 24 de septiembre de 2013, *RJ* 2013, 3490
- STS de 13 de noviembre de 2013, *RJ* 2013, 7446
- STS de 17 de enero de 2014, *RJ* 2014, 1266
- STS de 5 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 825
- STS de 7 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 1321
- STS de 19 de febrero de 2014, *RJ* 2014, 960
- STS de 28 de junio de 2015, *RJ* 2015, 3884
- STS de 29 de febrero de 2016, *RJ* 2016, 746
- STS de 25 de mayo de 2016, *RJ* 2016, 4301
- STS de 20 de noviembre de 2018, *La Ley* 2018/177035
- STS de 28 de enero de 1944, *RJ* 1944, 223
- STS de 1 de mayo de 1946, *RJ* 1946, 558
- STS de 21 de marzo de 1953, *RJ* 1953, 912
- STS de 13 de diciembre de 1955, *RJ* 1955, 3617
- STS de 30 de diciembre de 1955, *RJ* 1956, 241
- STS de 13 de febrero de 1959, *RJ* 1959, 479
- STS de 23 de noviembre de 1961, *RJ* 1961, 4112
- STS de 3 de julio de 1962, *RJ* 1962, 3114
- STS de 21 de diciembre de 1966, *RJ* 1966, 5851
- STS de 24 de junio de 1968, *RJ* 1968, 3279
- STS de 31 de octubre de 1968, *RJ* 1968, 4925
- STS de 16 de noviembre de 1978, *RJ* 1979, 3849

3. AUDIENCIA NACIONAL

- Auto de 6 de mayo de 2021 (Sección 3.º, Sala de lo Contencioso-Administrativo)

4. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de marzo de 2010, *AC* 2010, 1946
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 29 de abril de 2002, *AC* 2003, 485

5. DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (ANTES DGRN)

- RDGRN de 7 de octubre de 1929, La Ley 46/1929
- RDGRN de 22 de diciembre de 1956, *RJ* 1957, 152
- RDGRN de 20 de enero de 1960
- RDGRN de 23 de marzo de 1961, *RJ* 1961, 897
- RDGRN de 3 de junio de 1961, *RJ* 1961, 2754
- RDGRN de 3 de julio de 1962, *RJ* 1962, 3147
- RDGRN de 24 de noviembre de 1964, *RJ* 1964, 5925
- RDGRN de 23 de febrero de 1968, *RJ* 1968, 3644
- RDGRN de 28 de mayo de 1971, *RJ* 1971, 3403
- RDGRN de 7 de junio de 1972, *RJ* 1972, 3504
- RDGRN de 17 de noviembre de 1978, BOE de 2 de diciembre de 1978
- RDGRN de 28 de noviembre de 1978, La Ley 100/1978
- RDGRN de 7 de diciembre de 1978
- RDGRN de 30 de mayo de 1980
- RDGRN de 28 de septiembre de 1982, *RJ* 1982, 5369
- RDGRN de 29 de diciembre de 1982, *RJ* 1982, 8066
- RDGRN de 17 de febrero de 1986, *RJ* 1986, 1013
- RDGRN de 26 de junio de 1986, *RJ* 1986, 3844
- RDGRN de 3 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7884
- RDGRN de 4 de diciembre de 1986, *RJ* 1986, 7885
- RDGRN de 10 de abril de 1987, *RJ* 1987, 3217
- RDGRN de 16 de septiembre de 1987, *RJ* 1987, 6566
- RDGRN de 28 de julio de 1988
- RDGRN de 2 de febrero de 1990, *RJ* 1990, 727
- RDGRN de 5 de febrero de 1990

- RDGRN de 6 de febrero de 1990
- RDGRN de 7 de febrero de 1990
- RDGRN de 6 de junio de 1991, *RJ* 1991, 4650
- RDGRN de 19 de julio de 1991, *RJ* 1991, 5445
- RDGRN de 28 de mayo de 1992, *RJ* 1992, 5262
- RDGRN de 1 de junio de 1992, *RJ* 1990, 727
- RDGRN de 29 de junio de 1992, *RJ* 1992, 6521
- RDGRN de 6 de julio de 1992, *RJ* 1992, 5814
- RDGRN de 4 de septiembre de 1992
- RDGRN de 8 de octubre de 1992
- RDGRN de 9 de octubre de 1992
- RDGRN de 10 de octubre de 1992
- RDGRN de 11 octubre de 1992
- RDGRN de 14 de octubre de 1992
- RDGRN de 12 de mayo de 1993
- RDGRN de 26 de enero de 1994
- RDGRN de 19 de julio de 1994, *RJ* 1994, 6303
- RDGRN de 28 de diciembre de 1995
- RDGRN de 23 de julio de 1996, *RJ* 1996, 5618
- RDGRN de 19 de noviembre de 1996, *RJ* 1996, 8159
- RDGRN de 25 de septiembre de 1998, *RJ* 1998, 6599
- RDGRN de 28 de marzo de 2000, *RJ* 2000, 2103
- RDGRN de 28 de abril de 2000, *RJ* 2000, 5826
- RDGRN de 23 de noviembre de 2001, *RJ* 2002, 5361
- RDGRN de 18 de abril de 2002, *RJ* 2002, 7823
- RDGRN de 11 de junio de 2002, *RJ* 2002, 8905
- RDGRN de 18 de enero de 2003, *RJ* 2003, 2192
- RDGRN de 8 de mayo de 2003, BOE de 11 de junio de 2003
- RDGRN de 21 de febrero de 2005, *RJ* 2005, 1800
- RDGRN de 15 de noviembre de 2005, *RJ* 2005, 9770
- RDGRN de 19 de abril de 2006, BOE de 30 de mayo
- RDGRN de 9 de noviembre de 2009, *RJ* 2010, 79
- RDGRN de 11 de noviembre de 2009, *RJ* 2010, 388
- RDGRN de 23 de marzo de 2010, *RJ* 2010, 4021
- RDGRN de 9 de junio de 2010, *RJ* 2010, 2635
- RDGRN de 10 diciembre de 2010, *RJ* 2011, 1221
- RDGRN de 28 de junio de 2011, *RJ* 2012, 3172
- RDGRN de 25 enero de 2012, *RJ* 2012, 5936
- RDGRN de 6 de febrero de 2012, *RJ* 2012, 4401
- RDGRN de 16 de marzo de 2012, *RJ* 2012, 5950
- RDGRN de 6 de julio de 2012, *RJ* 2012, 10071
- RDGRN de 17 de mayo de 2013, *RJ* 2013, 4852

- RDGRN de 10 de julio de 2013, *RJ* 2013, 6671
- RDGRN de 14 de abril de 2014, *RJ* 2014, 2385
- RDGRN de 24 de julio de 2014, *RJ* 2014, 4488
- RDGRN de 16 de octubre de 2014, *RJ* 2014, 6094
- RDGRN de 2 de marzo de 2015, *RJ* 2015, 6507
- RDGRN de 10 de diciembre de 2015, *RJ* 2015, 6445
- RDGRN de 10 de febrero de 2016, *RJ* 2016, 2977
- RDGRN de 5 septiembre de 2016, *RJ* 2016, 4616
- RDGRN de 5 julio de 2017, *RJ* 2017, 3784
- RDGRN de 2 de noviembre de 2017, *RJ* 2017, 4967
- RDGRN de 6 de marzo de 2019, *RJ* 2019, 1422
- RDGRN de 29 de agosto de 2019, *RJ* 2019, 4253
- RDGSJFP de 6 de marzo, *RJ* 2020, 2949
- RDGSJFP de 10 de junio de 2020, *RJ* 2020, 3375
- RDGSJFP de 15 de enero de 2021, *RJ* 2021, 219
- RDGSJFP de 3 de febrero de 2021, BOE núm. 42, de 18 de febrero de 2021
- RDGSJFP de 15 de marzo de 2021, BOE núm. 101, de 28 de abril

#### 6. DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS

- RDGDEJ de 25 de julio de 2019 (Boletín Oficial de la Generalidad de Cataluña núm. 7934, de 7 de agosto)

### VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ VIGARAY, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*. 4.ª ed. Granada: Comares. 337 págs.
- AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 778. 717-780.
- BASOZABAL ARRUÉ, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 116 págs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Condición resolutoria explícita; ejercicio contrario a la buena fe; abuso de derecho. Incongruencia. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 4. 1303-1314.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1982). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. t. I. 3.ª ed. Pamplona: Aranzadi. 758 págs.
- CARRASCO PERERA, A. (2014). Resolución e indemnización de daños. En: González Pacanowska, I. y García Pérez, C.L. (coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Cizur Menor: Aranzadi. 533-542.
- CHICO Y ORTIZ, J.M.ª (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. t. I. 4.ª ed. Madrid: Marcial Pons. 1930 págs.

- CLEMENTE MEORO, M.E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Madrid: Tirant Lo Blanch. 758 págs.
- DÍAZ MORENO, A. (1999). El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. Comentarios a la STS de 29 de abril de 1998. *Revista de Derecho Patrimonial*. 155-160.
- DÍEZ PICAZO, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. t. IV. Madrid: Civitas. 672 págs.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A.A. (2019). Comentario al artículo 38 LH. En: Domínguez Luelmo, A.A. (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. 3.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi. 729-742.
- GARCÍA AMIGO, M. (1995). *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw Hill. 641 págs.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 38 LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. VIII. v. 4.º. Madrid: Edersa. 745-841.
- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. t. I. Madrid: Ministerio de Justicia. 503 págs.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Artículo 1.124. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Comentarios al Código civil*. t. VI. Valencia: Tirant Lo Blanch. 8213-8261.
- GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*. Madrid: Colección Derecho Privado. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 187 págs.
- INFANTE RUIZ, F.J. (2008). *Contrato y Término Esencial*. Madrid: La Ley. 263 págs.
- IRURZUN GOICOA, D. (1965). En: AA. VV. *Estudios de Derecho Privado*. t. II. Madrid: Revista de Derecho Privado. 642 págs.
- JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Madrid: Civitas. 225 págs.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1979). Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 530. 75-182.
- *et alia* (2013). *Elementos de Derecho Civil*. t. II. v. 2. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson. 524 págs.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch. 345 págs.
- MARTÍNEZ MARTINO, M.E. (2000). Comentario al artículo 83 LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. VII. v. 5. Madrid: Edersa. 617-628.
- MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A. (1989). El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria. *Anuario de Derecho Civil*. 1169 y sigs.
- MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (1989). *Seguridad Jurídica y sistema cautelar*. v. 2. Barcelona: Bosch. 547 págs.
- MOLL DE ALBA, C. (2006). La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles. En: Llamas Pombo, E. (coord.): *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano ALONSO PÉREZ*. Madrid: Wolters Kluwer. v. 2.º. 429-447.

- (2013). Sentencia de 16 de mayo de 2012. Condiciones potestativas, incumplimiento contractual y cláusula resolutoria expresa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 91, 211-222.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1989). Artículo 1.124. En: Albaladejo García, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Revista de Derecho Privado. t. XV. 1171-1255.
- MUÑOZ DE DIOS, G. (1983). Examen comparativo de las garantías del precio aplazado en la compraventa de inmuebles. *La Ley* núm. 2. 1250-1257.
- NÚÑEZ LAGOS, R. (1962). Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria, conferencia publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1962. 103-140.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*. núm. 46. 1719-1746.
- (2015). Prólogo de GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*. Madrid: Colección Derecho Privado. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C. (2001). *Requerimiento y resolución en la compraventa inmobiliaria*, Cizur Menor: Aranzadi. 236 págs.
- POVEDA DÍAZ, J. (1999). Comentario al Título IV de la LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v. 5. Madrid: Edersa. 534-583.
- PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*. t. II. v. 2 Barcelona: Bosch 715 págs.
- ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ Y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. I. Barcelona: Bosch. 704 págs.
- (2008). *Derecho Hipotecario*. t. II. v. I. Barcelona: Bosch. 508 págs.
- (2008). *Derecho Hipotecario*. t. III. Barcelona: Bosch. 637 págs.
- (2008). *Derecho Hipotecario*. t. V. Barcelona: Bosch. 716 págs.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons. 315 págs.
- ROVIRA JAÉN, F.J. (1993). El pacto de la Lex Commissoria en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno. *Anuario de Derecho Civil*. v. 46. núm. 3. 1153-1310.
- (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*. Madrid: Civitas. 352 págs.
- SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Reus. t. I. 570 págs.
- VAQUERO PINTO, M.J. (2013). Diferencias entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil: teoría y realidad. En: Carrasco Perera, A. (dir.): *Tratado de la compraventa*, t. II, Cizur Menor: Aranzadi. 1653-1664.
- (2013). Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial. Condición resolutoria expresa y pacto resolutorio. Sentencia de 29 de diciembre de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 93. 287-313.
- VERDERA SERVER, R. (2014). Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 95. 467-492.

## NOTAS

<sup>1</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. V. Barcelona: Bosch. 540.

<sup>2</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual. *Anuario de Derecho Civil*. núm. 46. 1733.

<sup>3</sup> MONTES PENADÉS, V.L. (1989). Artículo 1124. En: Albaladejo García, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. Madrid: Revista de Derecho Privado. t. XV. 1201.

<sup>4</sup> CLEMENTE MEORO, M.E. (1998). *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*. Madrid: Tirant Lo Blanch. 418 y 419.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, R. (2009). *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 4.ª ed. Granada: Comares. 106.

<sup>6</sup> PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C. (2001). *Requerimiento y resolución en la compraventa inmobiliaria*, Cizur Menor: Aranzadi. 87.

<sup>7</sup> GARCÍA AMIGO, M. (1995). *Teoría general de las obligaciones y contratos*. Madrid: McGraw Hill. 445 y 446.

<sup>8</sup> IRURZUN GOICOA, D. (1965). En: AA. VV. *Estudios de Derecho Privado*. t. II. Madrid: Revista de Derecho Privado. 11.

<sup>9</sup> DÍAZ MORENO, A. (1999). El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. Comentarios a la STS de 29 de abril de 1998. *Revista de Derecho Patrimonial*. 157.

<sup>10</sup> BASOZABAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 44.

<sup>11</sup> INFANTE RUIZ, F.J. (2008). *Contrato y Término Esencial*. Madrid: La Ley. 62-63.

<sup>12</sup> MOLL DE ALBA, C. (2013). Sentencia de 16 de mayo de 2012. Condiciones potestativas, incumplimiento contractual y cláusula resolutoria expresa. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 91, 211-222 y Moll de Alba, C. (2006). La cláusula resolutoria en la compraventa de bienes inmuebles. En: Llamas Pombo, E. (coord.): *Estudios de Derecho de Obligaciones: Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. Madrid: Wolters Kluwer. v. 2.º. 442.

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons. 191.

<sup>14</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1984). Condición resolutoria explícita; ejercicio contrario a la buena fe; abuso de derecho. Incongruencia. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 4. 1312.

<sup>15</sup> CARRASCO PERERA, A. (2014). Resolución e indemnización de daños. En: González Pacanowska, I. y García Pérez, C.L. (coords.). *Estudios sobre incumplimiento y resolución*. Cizur Menor: Aranzadi. 536.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2013). Artículo 1124. En: Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Comentarios al Código civil*. t. VI. Valencia: Tirant Lo Blanch. 8.237

<sup>17</sup> VERDERA SERVER, R. (2014). Sentencia del 13 de noviembre de 2013. Cláusula resolutoria y retraso en la entrega de la vivienda. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. núm. 95. 467 y sigs.

<sup>18</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*. t. V. *op. cit.* 573 y 574.

<sup>19</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*. t. V. *op. cit.* 586.

<sup>20</sup> CHICO Y ORTIZ, J.M.<sup>a</sup> (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. t. I. 4.ª ed. Madrid: Marcial Pons. 385.

<sup>21</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (2015). Prólogo de Gregoraci Fernández, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*. Madrid: Colección Derecho Privado. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 16.



<sup>22</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L. (1989). Artículo 1.124. *op. cit.* 1200. En sentido parecido, ÁLVAREZ VIGARAY, R.: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada: Comares, 2009, 74.

<sup>23</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*, t. V. *op. cit.* 565.

<sup>24</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*. Madrid: Colección Derecho Privado. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 55-69. En idéntico sentido, LACRUZ BERDEJO, J.L. *et alia* (2013). *Elementos de Derecho Civil*, t. II, v. 2. 5.<sup>a</sup> ed. Madrid: Dykinson, 2013. 58; VAQUERO PINTO, M.J. (2013). Diferencias entre los artículos 1124 y 1504 del Código civil: teoría y realidad. En: Carrasco Perera, A. (dir.): *Tratado de la compraventa*, t. II, Cizur Menor: Aranzadi, 1653-1664 y VAQUERO PINTO, M.J. (2013). Entrega de la cosa en la compraventa inmobiliaria y término esencial. Condición resolutoria expresa y pacto resolutorio. Sentencia de 29 de diciembre de 2012. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 93. 310.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. *op. cit.* 194.

<sup>26</sup> Díez Picazo, L. (2010). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, t. IV. Madrid: Civitas. 158.

<sup>27</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L. (1989). Artículo 1124. *op. cit.*, 1211 y 1221.

<sup>28</sup> Artículo 1433: *Aunque la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar, aun después de expirar el término, interin no haya sido puesto en demora por un requerimiento; pero si este ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término.*

<sup>29</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. (1993). El pacto de la «Lex Commissoria» en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno. *Anuario de Derecho Civil*, v. 46. núm. 3. 1222.

<sup>30</sup> GREGORACI FERNÁNDEZ, B. (2015). *Cláusula resolutoria y control de incumplimiento*. *op. cit.* 84 y sigs.

<sup>31</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*. Madrid: Civitas. 62.

<sup>32</sup> JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. Madrid: Civitas. 54-55.

<sup>33</sup> MONTÉS PENADÉS, V.L. (1989). Artículo 1124. *op. cit.*, 1216 y 1220; ROVIRA JAÉN, F.J. (1993). El pacto de la «Lex Commissoria» en la venta de bienes inmuebles en el derecho antiguo y moderno. *op. cit.* 1279 y sigs.; PUIG BRUTAU, J. (1982). *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, v. 2. Barcelona: Bosch. 206; JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. *op. cit.* 54-55.

<sup>34</sup> JORDANO FRAGA, F. (1992). *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*. *op. cit.* 54-55.

<sup>35</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*, t. V. *op. cit.* 589-590. Con parecida nota crítica, MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A. (1989). El deterioro del pacto resolutorio en la Jurisprudencia Hipotecaria. *Anuario de Derecho Civil*, 1169-1225.

<sup>36</sup> POVEDA DÍAZ, J. (1999). Comentario al Título IV de la LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.): *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v. 5. Madrid: Edersa, 542.

<sup>37</sup> Ni siquiera se exige autorización judicial del tribunal que haya mandado las anotaciones preventivas en que consistan esas cargas, como se expone en MARTÍNEZ MARTINO, M.E. (2000). Comentario al artículo 83 LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. VII, v. 5. Madrid: Edersa. 624.

<sup>38</sup> MUÑOZ DE DIOS, G. (1983). Examen comparativo de las garantías del precio aplazado en la compraventa de inmuebles. *La Ley* núm. 2. 1250-1257. 1251. En la misma línea, ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ Y



XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*, t. V. *op. cit.* 525. AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778. 765-770.

<sup>39</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, t. III. Barcelona: Bosch. 475 y 494 y sigs.

<sup>40</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, t. III. *op. cit.* 499.

<sup>41</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*, t. III. *op. cit.* 516.

<sup>42</sup> AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo, *op. cit.* 751.

<sup>43</sup> ROVIRA JAÉN, F.J. (1996). *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, *op. cit.* 261-262.

<sup>44</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*, t. V. *op. cit.* 590.

<sup>45</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*, t. V. *op. cit.* 589-590.

<sup>46</sup> AZOFRA VEGAS, F. (2020). La condición resolutoria explícita: tratamiento registral y sustantivo. *op. cit.* 751 y sigs.: *Naturalmente que el comprador tiene un derecho irrenunciable a solicitar la tutela judicial efectiva para el caso en que entienda que no ha incumplido sus obligaciones, que no se dan los requisitos para el ejercicio de la CRE o, incluso, que el vendedor ha hecho uso abusivo de su derecho a resolver. Pero el ejercicio del derecho a reclamar justicia de los tribunales [...] no ha de entorpecer el normal desenvolvimiento de lo pactado, tanto en la esfera registral, como extrarregistral, conforme al contrato y a las leyes. Y en sede registral, el normal desenvolvimiento de lo pactado, conforme a las leyes, es que el vendedor reinscriba el dominio a su favor, con la mera notificación notarial o judicial de la resolución [...]. El derecho a la reinscripción del dominio del beneficiario de la CRE no es más que uno de los muchos mecanismo de solución autocompositiva previstos en nuestro Derecho, que arranca precisamente sus perfiles, y su eficacia, de la voluntad común del comprador y del vendedor y que se extiende a los terceros registrales merced a la inscripción originaria de la CRE [...]. La reiteración del consentimiento del comprador es jurídicamente irrelevante para que opere la reinscripción a favor del vendedor, porque tampoco su oposición podría impedirlo, toda vez que esta es, precisamente, la esencia de la protección que ha pactado otorgar al vendedor, para el caso de incumplimiento total o parcial de sus obligaciones, siempre que el vendedor resuelva la venta conforme a las exigencias legalmente establecidas. [...] Dando pues prevalencia o preferencia al derecho del comprador o del tercero registral, para impedir la reinscripción a favor del beneficiario de una CRE inscrita hasta que recaiga resolución judicial, con la mera objeción o alegación de la inexistencia del presupuesto de ejercicio, la DGRN, además de interpretar los principios hipotecarios exactamente al revés, se ve en ocasiones obligada a hacer auténticos escorzos interpretativos, o acabar en conclusiones exóticas [...] Porque una cosa es la plena efectividad y el desenvolvimiento de las reglas y principios hipotecarios (que han de conducir a la reinscripción del dominio a favor del beneficiario de una CRE que resuelve la venta por impago del precio aplazado conforme a las exigencias legales) y otra, bien distinta, es quién obtiene en última instancia una resolución judicial firme. Y todo lo anterior no se ve contrariado por la eficacia positiva de lo inscrito y negativa de lo no inscrito: si el comprador, lejos de allanarse al ejercicio de la CRE, quiere combatirlo, estará obligado a solicitar y obtener anotación preventiva de demanda para impedir la reinscripción del dominio a nombre del comprador, o la irreivindicabilidad de las adquisiciones posteriores. Eso mismo ha de predicarse de los titulares registrales posteriores: si quieren evitar la purga de sus asientos, que necesariamente resultará del ejercicio de la CRE, no les queda más remedio que contender judicialmente frente al vendedor y obtener la correspondiente anotación preventiva de demanda [...]. Por todo ello, considero errónea la doctrina de la DGRN que exige, en todo caso, para la reinscripción del dominio a favor*

del vendedor, el aquietamiento al ejercicio de la condición resolutoria explícita, no solo del comprador, sino incluso de los terceros registrales [...] Cuando se exige el aquietamiento o la no oposición de los perjudicados por la resolución, y no solo la notificación de resolución al comprador (como hacen los arts. 1504 CC, 59 RH y, más generalmente, el segundo párrafo del art. 82 LH) la DGRN destruye la esencia misma de la CRE, que es la de proporcionar al vendedor un mecanismo autocompositivo de readquisición del dominio, cuya eficacia y automatismo solo puede cuestionar el comprador o los titulares registrales posteriores enablando el consiguiente procedimiento judicial.

<sup>47</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. I. Barcelona: Bosch. 13.

<sup>48</sup> CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1982). *Comentarios a la legislación hipotecaria*. t. I. 3.ª ed. Pamplona: Aranzadi. 65.

<sup>49</sup> GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 38 LH. En: Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S. (dirs.). *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. t. VIII. v. 4.º. Madrid: Edersa. 746.

<sup>50</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (1989). *Seguridad Jurídica y sistema cautelar*. v. 2. Barcelona: Bosch. 363-364.

<sup>51</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. II. v. I. Barcelona: Bosch. 129 y 133.

<sup>52</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. II. v. I. *op. cit.* 82.

<sup>53</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 38 LH. *op. cit.* 770.

<sup>54</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. II. v. I. *op. cit.*, 100.

<sup>55</sup> NUÑEZ LAGOS, R. (1962). Variaciones en la significación y alcance de la Ley Hipotecaria, conferencia publicada en la *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1962, 109. En el mismo sentido, ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ Y XIRGO, J. (2007). *Derecho Hipotecario*. t. V. *op. cit.* 119.

<sup>56</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 38 LH. *op. cit.* 789 y 800.

<sup>57</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. II. v. I. *op. cit.*, 598 y sigs. y 85.

<sup>58</sup> GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J. (1948). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. t. I. Madrid: Ministerio de Justicia. 379.

<sup>59</sup> SANZ FERNÁNDEZ, A. (1947). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Reus. t. I. 326.

<sup>60</sup> GARCÍA GARCÍA, J.M. (1999). Comentario al artículo 38 LH. *op. cit.* 770.

<sup>61</sup> DOMÍNGUEZ LUELMO, A.A. (2019). Comentario al artículo 38 LH. En: Domínguez Luelmo, A.A. (dir.). *Comentarios a la Ley Hipotecaria*. 3.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi. 729 y sigs.

<sup>62</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. (1979). Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. núm. 530. 75-183; CHICO Y ORTIZ, J.M.ª (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. *op. cit.*

<sup>63</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (1989). *Seguridad Jurídica y sistema cautelar*. *op. cit.* 363-364.

<sup>64</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1984). *Derecho Inmobiliario Registral*. Barcelona: Bosch. 314.

<sup>65</sup> MEZQUITA DEL CACHO, J.L. (1989). *Seguridad Jurídica y sistema cautelar*. *op. cit.* 458.

<sup>66</sup> ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., BERNÀ y XIRGO, J. (2008). *Derecho Hipotecario*. t. I. *op. cit.*, 655 y 667.

(Trabajo recibido el 12 de mayo de 2021 y aceptado para su publicación el 7 de junio de 2021)



# Del retracto convencional al derecho de readquisición\*

## *From the conventional retraction to the right of reacquisition*

por

ESTEVE BOSCH CAPDEVILA

*Catedrático de Derecho civil. Universitat Rovira i Virgili*

*RESUMEN:* El presente estudio analiza la regulación del pacto de retroventa a partir de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil. La Propuesta, a diferencia del Código civil español, ya no considera el que denomina «derecho de readquisición» como una causa de resolución del contrato de compraventa, sino que lo configura como una modalidad de los derechos reales de adquisición. Se analiza la naturaleza y el régimen jurídico del derecho de readquisición, y se cuestiona su sustantividad frente al derecho de opción, todo ello con un espíritu crítico y con continuas comparaciones con el Código civil de Cataluña, con la pretensión de contribuir al debate y, si cabe, mejora de la Propuesta.

*ABSTRACT:* This paper analyzes the regulation of the pactum de retrovendo based on the Civil Code Proposal prepared by the Association of Professors of Civil Law. The Proposal, unlike the Spanish Civil Code, no longer considers what it calls the «right of reacquisition» as a cause for termination of the sale contract, but rather configures it as a modality of real acquisition

---

\* El presente trabajo se enmarca dentro de las actividades del proyecto de investigación «Los derechos de adquisición y de preferencia» (PGC2018-094243-B-C21).

*rights. The nature and legal regime of the right of reacquisition is analyzed, and its substantivity against the right of option is questioned, all with a critical spirit and with continuous comparisons with the Civil Code of Catalonia, with the aim of contributing to the debate and, if possible, improvement of the Proposal.*

**PALABRAS CLAVE:** Retracto convencional. Derecho de readquisición. Derecho de opción. Derechos reales de adquisición.

**KEY WORDS:** *Pactum de retrovendendo. Right of reacquisition. Right of option. Real acquisition rights.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FINALIDAD DEL PACTO DE RETROVENTA: LA FUNCIÓN DE GARANTÍA: 1. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA: A) *Venta con pacto de retro y usura.* B) *El alcance de la prohibición del pacto de comisorio.* 2. OTRAS FINALIDADES.—III. LA NATURALEZA DE LA VENTA CON PACTO DE RETROVENTA: ¿CAUSA DE RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA O NUEVA TRANSMISIÓN?: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA NATURALEZA DEL PACTO DE RETROVENTA EN LA DOCTRINA CLÁSICA. 3. LOS PRECEDENTES DEL DERECHO CODIFICADO: A) *Derecho civil catalán.* B) *Derecho de Castilla.* C) *El Código civil francés.* D) *Primeros proyectos de codificación del derecho civil español.* E) *Proyecto de Código civil de 1851.* 4. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889. LA OPINIÓN DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS. 5. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA. 6. LA EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MÁS MODERNA. 7. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE REDIMIR POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA. 8. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE READQUISICIÓN EN LA PROPUESTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES.—IV. RÉGIMEN DEL DERECHO DE READQUISICIÓN: 1. CONSTITUCIÓN. 2. DURACIÓN. 3. RÉGIMEN DEL DERECHO DE READQUISICIÓN MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE SU EJERCICIO: A) *La obligación de conservación del bien.* B) *La disponibilidad del bien gravado y del derecho de readquisición:* a) La disposición del bien gravado. b) La disposición del derecho de readquisición. 4. EJERCICIO: A) *Requisitos para el ejercicio del derecho.* B) *No es necesario consignar el precio para ejercer el derecho de readquisición.* C) *Reembolsos a abonar:* a) La remisión al régimen de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de origen legal. b) Las cantidades a abonar: a') El precio estipulado. b') El reembolso de los gastos efectuados en el bien transmitido: a'') Los gastos suntuarios. b'') Los gastos útiles. c'') Los gastos de conservación en la cosa. c') Los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para

la transmisión del bien. c) La liquidación de los frutos pendientes. *D) La indivisibilidad del derecho de readquisición y la posibilidad de su ejercicio parcial:* a) La indivisibilidad del derecho de redimir. b) Pluralidad de sujetos legitimados: a') Pluralidad de sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de readquisición: a'') Transmisión conjunta de un bien con derecho de readquisición. b'') Transmisión separada de las cuotas. b') Pluralidad de sujetos gravados con un derecho de readquisición. c) El derecho de readquisición recae solamente sobre una cuota indivisa. *E) Eficacia frente a terceros.* 5. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE READQUISICIÓN. *A) La adquisición del bien: el título adquisitivo. B) La extinción de los gravámenes impuestos por el adquirente.*—V. LA DISCUTIBLE SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DE READQUISICIÓN: 1. LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DE REDIMIR EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN. 2. LA PROPUESTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL.—VI. CONCLUSIONES FINALES.—VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

## I. INTRODUCCIÓN

El retracto convencional se puede definir, conforme a los artículos 1507 y 1518 del Código civil, como el pacto incorporado al contrato de compraventa en virtud del cual el vendedor se reserva el derecho de recuperar el bien vendido si reembolsa el precio de la venta y abona una serie de gastos. Por tanto, en virtud de dicho pacto, denominado de retroventa, el comprador no adquiere de manera irrevocable la propiedad del bien<sup>1</sup>, sino que, dentro de un determinado plazo, puede ver resuelta su adquisición.

El retracto convencional se encuentra regulado en los artículos 1507 a 1520 del Código civil, dentro del capítulo dedicado a la resolución de la venta, en el que el primero de sus artículos dispone que «La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional y el legal» (art. 1506 CC). En consecuencia, la recuperación de la propiedad por el comprador se produce no por la conclusión de un nuevo contrato transmisivo, sino porque la venta queda resuelta; lo mismo sucede, aunque no se establezca tan claramente, en el Fuero Nuevo de Navarra, leyes 575 a 583<sup>2</sup>. En cambio, en el derecho civil catalán, el «derecho de redimir en la venta a carta de gracia» se configura como un derecho real de adquisición, y no como una causa de resolución de la venta<sup>3</sup>; está regulado en los artículos 568-28 a 568-32 del Código civil de Cataluña (CCCat), en el capítulo de los derechos (reales) de adquisición, que lo definen como el «derecho de adquisición voluntaria que faculta al vendedor a readquirir el bien vendido» (art. 568-28 CCCat).

La Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil (PAPDC), publicada en 2018 pero en periodo de continua reflexión, tiene como una de sus principales novedades el ofrecer una regulación completa de los derechos de adquisición. Con relación al retracto convencional, se señala que «se ha podido respetar con relativa comodidad la indicación de la Junta Directiva de la APDC al plantear la elaboración de la Propuesta de Código civil, en el sentido de que esta se limitara a recoger y sistematizar el estado actual de la cuestión en la regulación de las instituciones, sin perjuicio de introducir modificaciones concretas sobre cuya necesidad existiera un amplio consenso. Tal circunstancia también explica que la doctrina y jurisprudencia que interpreta los artículos 1507 a 1520 del Código civil sea, en su mayor parte, aplicable al derecho de readquisición regulado en la PCC»<sup>4</sup>. Ahora bien, la regulación del que se denomina «derecho de readquisición» sí contiene una modificación importante respecto al régimen de los artículos 1507 y siguientes del Código civil, al disponer que el ejercicio del derecho no resuelve la compraventa, sino que da lugar a una nueva transmisión. El derecho de readquisición no se enmarca dentro de las causas de resolución de la compraventa, sino que constituye una modalidad de los derechos reales de adquisición por la que se «faculta a su titular para recuperar en los términos pactados el bien transmitido, con la obligación de satisfacer los reembolsos a los que se refiere el artículo 3112-6» (art. 3111-1.4 PAPDC). La Propuesta sigue, por tanto, el modelo del Código civil de Cataluña.

La presente colaboración abordará en primer lugar, y después de una breve referencia a su finalidad, la naturaleza jurídica del retracto convencional o pacto de retroventa, cuestión en la que el recorrido histórico es determinante para comprender el modelo del Código civil vigente y el de la Propuesta. A continuación, se analizará, desde un punto de vista crítico y con continuas comparaciones con el Código civil de Cataluña, el régimen jurídico del derecho de readquisición en la Propuesta, constituido por unas normas propias inspiradas en general en los artículos 1507 y siguientes del Código civil de acuerdo con su interpretación por la doctrina y jurisprudencia más recientes, y las normas del derecho de opción, de aplicación supletoria conforme al artículo 3113-20 PAPDC. El trabajo finalizará cuestionando la sustantividad de la institución. Todo ello, sin otra pretensión que la de contribuir, dentro del mencionado periodo de reflexión, al debate y si cabe mejora de la Propuesta.

## II. LA FINALIDAD DEL PACTO DE RETROVENTA: LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

La finalidad que ha desarrollado el pacto de retroventa contribuye a la comprensión de muchas de las normas que lo regulan.

## 1. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA

La venta con pacto de retroventa ha venido desplegando una función de garantía. El bien vendido se utilizaba como garantía de un préstamo, de manera que el precio de la venta hacia la función del capital del préstamo, y el ejercicio del retracto suponía la devolución del préstamo y la consiguiente recuperación de la propiedad<sup>5</sup>. Tan evidente era la utilidad de la figura como las críticas que despertó. MANRESA señaló que «Dícese que la institución del retracto convencional fomenta el desarrollo de la usura, que coloca al deudor en situación verdaderamente angustiosa negándole todo medio de defensa contra las asechanzas de los prestamistas de oficio, y, más todavía, que es perjudicial para la propiedad misma, puesto que el comprador con pacto de retro más se cuidará de esquilmar la cosa sacándole todos los productos posibles, que de dirigir una explotación ordenada y económica con arreglo a la naturaleza del objeto de propiedad»<sup>6</sup>. Las críticas no se formulaban solamente desde un punto de vista moral y económico, sino que se cuestionaba la licitud de la institución, en tanto que la venta con pacto de retro utilizada como garantía tiene el peligro de que puede encubrir dos importantes prohibiciones del ordenamiento jurídico español: la usura en los préstamos, y el pacto comisorio en los derechos reales de garantía<sup>7</sup>.

### *A) Venta con pacto de retro y usura*

El peligro de usura en la venta con pacto de retroventa es evidente: si el precio de readquisición supera con creces el precio de venta, el vendedor que quiera ejercitar el derecho de readquisición acabará (re)comprando por mucho más de lo recibido al vender. Dicho de otra manera, estaría restituyendo un capital más unos intereses excesivos; téngase en cuenta, además, que el comprador ya percibe —en su caso— los frutos de la cosa, que podrían compensar los intereses del capital. Aunque en el Código civil español la literalidad del artículo 1518 parece impedir la usura al establecer la regla general de que el vendedor, para ejercer el retracto, además de una serie de gastos, deberá abonar el precio de venta, un sector de la doctrina considera lícito el pacto por el que se puede fijar un precio diferente para dicho ejercicio<sup>8</sup>, caso en el que el riesgo de usura es manifiesto.

### *B) El alcance de la prohibición del pacto de comisorio*

La venta con pacto de retroventa puede asimismo infringir la prohibición del pacto comisorio (art. 1859 CC), en tanto que, si se utiliza



con dicha función de garantía, la no devolución del capital por parte del vendedor/prestatario «consolidaría» para el comprador/prestamista la adquisición del bien dado en garantía. Ello ha llevado a cuestionar la institución misma, poniéndose en tela de juicio la validez de la venta con pacto de retro, observada con sumo recelo por la jurisprudencia al considerar que constituye un mecanismo para burlar la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía. En este sentido la STS de 27 de enero de 2012 declaró que un caso típico de un contrato simulado que disimula un préstamo «es la llamada venta a carta de gracia: es una compraventa simulada (que disimula el préstamo) una persona (el supuesto vendedor, realmente el prestatario) vende la cosa al comprador (realmente, el prestamista) con el pacto de retro: si en tal plazo no ejercita el retracto (realmente, no devuelve el dinero, que se fijó como precio) el comprador (prestamista; tantas veces usurero) adquiere la propiedad de la cosa. Lo cual es el clásico pacto comisorio: el prestamista, que aparece como comprador, adquiere la cosa si no se le devuelve, mediante el retracto, la cantidad prestada. Tal pacto comisorio es nulo: el vendedor (prestatario) devolverá el dinero, pero el comprador (prestamista) no adquirirá la cosa, si no lo hace».<sup>9</sup>

Excede de la pretensión del presente trabajo el análisis de la problemática que plantea el pacto comisorio con relación al retracto convencional<sup>10</sup>; si considero conveniente, sin embargo, esbozar unas breves consideraciones al respecto:

1.<sup>a</sup>) La venta con pacto de retroventa no es una institución atípica, sino que está regulada por el ordenamiento jurídico. El pacto de retroventa tiene acceso al Registro de la Propiedad, y la finalidad de garantía, si es que existe, no tiene porqué aparecer externamente, por lo que en su caso deberá ser probada por la parte que la alegue, presumiblemente el vendedor que no pueda ejercitar el retracto y que por tanto perderá definitivamente el bien transmitido.

2.<sup>a</sup>) Si el principal fundamento de la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía es evitar un perjuicio para el deudor, que consiste en desprenderse de un bien por un precio generalmente inferior al real, tal prohibición no debería operar cuando el perjuicio no existiese, como ocurre cuando el valor de la deuda y el del bien dado en garantía son equivalentes. Así lo ha considerado tanto la doctrina<sup>11</sup>, como la jurisprudencia más reciente<sup>12</sup>, y la Propuesta de la Asociación de Profesores, cuya exposición de motivos, si bien «reconoce la tradicional prohibición del pacto comisorio», «matiza su alcance al permitir en algunos supuestos su validez atendiendo a criterios de proporcionalidad y justicia material»<sup>13</sup>.

3.<sup>a</sup>) El artículo 11.3 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública permite la apropiación del objeto de la garantía si se cumplen los dos siguientes requisitos: «a) Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y b) Las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito»<sup>14</sup>.

4.<sup>a</sup>) Si bien es cierto que la existencia de otras garantías típicas y plenamente consolidadas en el tráfico económico, como por ejemplo la hipoteca, en la que el bien dado en garantía permanece en poder del deudor, no augura una frecuente utilización de dicha figura como garantía en el ámbito inmobiliario, sí conviene poner de manifiesto que la venta con pacto de retro como garantía presenta, frente a otras garantías tradicionales, la ventaja de que el no ejercicio del retracto, que supondría la no devolución del préstamo y la «consolidación» de la adquisición verificada por el comprador/prestamista, permite evitar el procedimiento legal de realización del bien dado en garantía, que en ocasiones resulta lento, poco ágil y antieconómico, tanto para el acreedor como para el deudor.

## 2. OTRAS FINALIDADES

La venta con pacto de retro también puede obedecer a otras finalidades, perfectamente lícitas y atendibles por el Derecho. El vendedor puede enajenar un bien que en el presente no le reporta ninguna utilidad, y con el pacto de retroventa asegurarse de que pueda recuperarlo si en el futuro lo necesita<sup>15</sup>. Asimismo, el vendedor puede contemplar una futura revalorización del bien vendido, y reservarse por ello el derecho de recuperarlo, lo que ocurre, con relativa asiduidad, en el ámbito del deporte profesional: el club propietario de los derechos de un jugador los cede a otra entidad y, en previsión de una posible progresión del jugador, se reserva el derecho de «recomprarlos»<sup>16</sup>. Ello nos muestra lo acertado de las palabras de MANRESA: «El retracto convencional es como el arsénico y, después de todo, como todas las cosas, sirve para matar y para sanar: lo que hay que hacer es reglamentar las condiciones en las cuales sana, e impedir en lo posible aquellas otras en las que mata. A más no se puede llegar. La posibilidad del abuso no es peculiar de esta institución; es común a todas».<sup>17</sup>

### III. LA NATURALEZA DE LA VENTA CON PACTO DE RETROVENTA: ¿CAUSA DE RESOLUCIÓN DE LA COMPRAVENTA O NUEVA TRANSMISIÓN?

#### 1. INTRODUCCIÓN

El Código civil español presenta el retracto convencional como una causa de resolución de la compraventa, lo que debería implicar una naturaleza personal de la institución, en tanto que la facultad resolutoria deriva de la cualidad de parte del contrato de compraventa. Sin embargo, el artículo 1510 del Código civil concede eficacia real a la acción de retracto, al permitir su ejercicio frente a terceros, y el artículo 107.8.º LH, tras la reforma de 1944/1946, va incluso más lejos al admitir la hipoteca del derecho de retracto convencional, de lo que resulta inequívocamente una naturaleza de derecho real.

Por su parte, la Propuesta de la Asociación de Profesores, de manera congruente con dicha naturaleza real, ya configura el retracto convencional como un derecho real de (re)adquisición, y no como una causa resolutoria de un contrato de compraventa. Ahora bien, paradójicamente, dicha naturaleza real produce unos efectos obligacionales, en tanto que el ejercicio del derecho simplemente *obliga* a la conclusión de un nuevo contrato transmisivo, pero no da lugar a la adquisición inmediata de la propiedad por el vendedor como sucede cuando se resuelve la compraventa.

Veamos a continuación, de manera sintética, cómo ha evolucionado esta cuestión de la naturaleza del pacto de retroventa, advirtiendo, ya de entrada, que la naturaleza real o personal del derecho se hace depender, según las variadas posiciones, de diversas circunstancias y da lugar a distintos efectos.

#### 2. LA NATURALEZA DEL PACTO DE RETROVENTA EN LA DOCTRINA CLÁSICA

La naturaleza del pacto de retroventa fue una de las cuestiones más debatidas entre los autores clásicos<sup>18</sup>. Si bien Paulus DE CASTRO, basándose en Digesto 13,7,13,pr<sup>19</sup>, configuraba el pacto de retro como una causa de resolución de la compraventa y le concedía eficacia real otorgando la acción reivindicatoria al vendedor<sup>20</sup>, fueron numerosos sus contradictores, entre ellos ALEXANDER TARTAGNUS, JASON DEL MAYNO, ANTONIUS FABER y TIRAQUELLUS<sup>21</sup>, para quienes el pacto de retro tenía una eficacia puramente personal, que no resuelve el primitivo contrato de compraventa sino que subsiste para posibilitar la celebración de una nueva compraventa que requerirá de una nueva tradición para la transmisión del dominio<sup>22</sup>.

La tesis de Paulus DE CASTRO fue la seguida por la mayoría de los juristas clásicos catalanes, entre ellos CÁNCER y FONTANELLA. La opinión dominante era que, si bien la venta con pacto de retro produce la transmisión del dominio de la cosa vendida al comprador, el dominio se transmite *revocabiliter*, es decir, hasta que la venta quede resuelta. El ejercicio del retracto no da lugar, en consecuencia, a un nuevo contrato, sino a un efecto derivado de la primera venta. Una vez el vendedor haya satisfecho la cantidad correspondiente, se produce la resolución de la venta y aquel recuperará la propiedad de la cosa vendida, sin necesidad de tradición; consiguientemente, el vendedor, en tanto que propietario, dispone de una acción real para reclamar la posesión de la cosa vendida: la acción reivindicatoria. El retorno automático de la propiedad al vendedor se justificaría en el carácter retroactivo de la resolución del contrato, con la sola excepción de los frutos producidos. La acción de retracto tendría la consideración de una carga real de la cosa vendida con pacto de retroventa<sup>23</sup>. La calificación del ejercicio del retracto como resolución de la venta y no como una nueva venta tenía una trascendencia jurídica, pero también económica: si la finca estaba gravada con un censo enfiteútico, el ejercicio del retracto no daba lugar al pago del laudemio<sup>24</sup>.

En cambio, en la doctrina clásica castellana la tesis predominante era la contraria. Antonio GÓMEZ señalaba que si el comprador que adquirió la cosa con pacto de retroventa la transmite a un tercero, el vendedor no podrá dirigirse contra este tercero, en tanto que tiene solamente una acción personal contra el comprador; el tercer poseedor podrá retener la cosa salvo que en la primera venta se hubiese impuesto la condición de que el vendedor no pudiese vender la cosa, caso en el que sería nula la segunda venta<sup>25</sup>.

### 3. LOS PRECEDENTES DEL DERECHO CODIFICADO

Las distintas posiciones de la doctrina clásica catalana y la castellana dieron lugar a una evolución diferente de la naturaleza de la venta con pacto de retroventa en el derecho civil catalán y en el derecho de Castilla.

#### *A) Derecho civil catalán*

Para la doctrina catalana del siglo XIX, la eficacia real del derecho de redimir se traduce en su consideración como un derecho real independiente, dotado de un determinado valor económico, que el vendedor se reserva en el momento de la venta, valor que, conforme a la opinión de los autores clásicos, se fija en una tercera parte del valor total de la cosa<sup>26</sup>. Afirma DEL

POZO CARRASCOSA que «de la eficacia real se pasa a la existencia de un derecho real»<sup>27</sup>. Esta opinión se mantiene en la doctrina catalana del siglo XX, y se refleja en la Memòria de DURAN I BAS<sup>28</sup>, en los diferentes proyectos de apéndice y de compilación, y en la propia Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña de 1960 (CDCC) que, a pesar de no declarar explícitamente —a diferencia de los proyectos de 1930 y de 1955<sup>29</sup>— la naturaleza real del derecho de redimir, ello se deduce de la posibilidad de enajenación tanto de la propiedad resoluble como del derecho de redimir, así como de la liberación de los gravámenes impuestos por el comprador en caso de ejercicio del derecho<sup>30</sup>.

A pesar de que la Compilación regulaba la venta a carta de gracia en el libro dedicado a las obligaciones y los contratos, en ningún caso ello implicaba que el derecho de redimir se configurase como una causa de resolución de la compraventa. El artículo 326.I CDCC hablaba de «adquirir lo vendido», y no de «resolver la compraventa». Pero a partir de esta idea, la naturaleza del título adquisitivo no quedaba clara, en tanto que el artículo 327.I CDCC, al enumerar los gastos que debía abonar el redimente, no hacía referencia a unos hipotéticos gastos del «contrato de readquisición», sino solamente a los gastos del contrato de venta a carta de gracia, lo que podía dar entender que no se concluía un nuevo contrato de compraventa. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

### *B) Derecho de Castilla*

La doctrina castellana de la primera mitad del siglo XIX coincidía, sobre la base de la ley 42, título 5, Partida 5.<sup>31</sup>, en que la eficacia del pacto de retroventa era meramente personal, al establecer la obligación del comprador con pacto de retroventa de indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al vendedor si no podía devolver la cosa por no hallarse esta en su poder<sup>32</sup>. Asimismo, afirmaban que la devolución de la cosa al vendedor se producía mediante una nueva venta; así, SALA hablaba de que el comprador «haya de vender ó revender, restituyéndole de este modo su dominio»<sup>33</sup>. Para conseguir la eficacia real del pacto de retroventa, la doctrina castellana apuntó dos posibilidades<sup>34</sup>. Una de ellas consistía en el establecimiento de una prohibición de disponer al comprador, lo que implicaría la ineficacia de los actos dispositivos realizados por este<sup>35</sup>. La segunda sería considerar la segunda venta como una condición resolutoria de la primera, de manera que, en virtud de dicha resolución, el dominio volvería al primer vendedor, para lo cual dispondría de una acción real<sup>36</sup>.

C) *El Código civil francés*

La naturaleza del pacto de retroventa en el Código civil español no puede entenderse sin hacer referencia al Código civil francés<sup>37</sup>. Dentro del capítulo dedicado a la nulidad y la resolución de la venta<sup>38</sup>, en los artículos 1659 y siguientes, se regulaba la denominada *faculté de rachat*, término que la doctrina francesa era unánime en considerarlo incorrecto, en tanto que, como ya había apuntado POTHIER<sup>39</sup>, a quien sigue en este punto la práctica totalidad de la doctrina francesa, no se está ante una nueva compra, sino que se resuelve la venta, considerándose como si esta no hubiese existido<sup>40</sup>. La venta está sujeta a una condición resolutoria expresa y potestativa del vendedor<sup>41</sup>. El comprador adquiere una propiedad resoluble y, si bien es propietario, no tiene un poder pleno y absoluto sobre el bien, sino que está obligado a conservarlo<sup>42</sup>. Puede realizar actos dispositivos, si bien quedarán sujetos a condición resolutoria; en este sentido, el artículo 2125 admite la hipoteca de un inmueble sujeto a un derecho de propiedad resoluble<sup>43</sup>.

En cuanto al vendedor, se le considera asimismo propietario, si bien sujeto en este caso a condición suspensiva, lo que le permite enajenar su derecho [de propiedad], hipotecarlo o constituir cualquier otro gravamen, derechos que no serán efectivos hasta el cumplimiento de la condición, esto es, hasta el ejercicio del retracto<sup>44</sup>. Entiende la doctrina que el vendedor tiene dos derechos: primeramente, un derecho de crédito contra el comprador para que le devuelva el bien en caso de cumplimiento de la condición; y, en segundo lugar, y dado que dicho cumplimiento produce que el vendedor recobre de manera automática la propiedad del bien, si el comprador se niega a la restitución puede reclamar la posesión mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria<sup>45</sup>. Conforme al artículo 1664, la acción puede dirigirse contra terceros, incluso aunque estos no fuesen advertidos de la existencia de dicho pacto<sup>46</sup>.

D) *Primeros proyectos de codificación del derecho civil español*

Los primeros proyectos de codificación del derecho civil español se vieron influenciados por el Código civil francés de 1808, aunque en alguno de ellos se aprecia asimismo la ascendencia del derecho histórico de Castilla. Ya no se habla de readquisición consecuencia de un nuevo contrato de compraventa, sino de rescisión (art. 631 Proyecto de Gorasabel) o de nulidad (art. 1117 Proyecto de 1836), de la primera venta.

El proyecto de Código civil de Pablo GOROSABEL de 1832 concedía una acción personal al vendedor en virtud del que denominaba «pacto de retroventa», que lo definía como el pacto «que celebran el comprador y ven-

dedor de que devolviendo este a aquel el precio recibido, haya de rescindirse la venta» (art. 631). El artículo 639 establecía que «La acción del vendedor para la retroventa es personal, y solo puede dirigirla contra su comprador», y el artículo 638 disponía que «No pudiendo el comprador devolver la cosa por haberla enagenado, ó no pudiendo devolverla en el mismo estado en que la recibió por haberla gravado con censo, hipoteca ó de cualquier otro modo, está obligado á indemnizar al vendedor de todos los perjuicios que le resulten por esta razón»<sup>47</sup>. Ejercitada la retroventa, cabe entender que la propiedad se transmitía automáticamente al vendedor, estando obligado el comprador a devolver la cosa (art. 634).

El proyecto de Código civil de 1836 sí siguió más fielmente el derecho francés al permitir al vendedor reivindicar la cosa vendida incluso si estaba en posesión de terceros. El artículo 1122 establecía que «Aunque el comprador con pacto de retroventa puede disfrutar de la cosa vendida, no tendrá facultad de venderla ni enajenarla de otro modo hasta que haya pasado el término [que era como máximo de cuatro años, artículo 1118]; y si lo hubiere hecho podrá el vendedor reivindicarla de cualquier poseedor y reclamar contra el comprador los gastos que por esta causa se le originen». Ahora bien, respecto a los gravámenes impuestos por el comprador, el artículo 1123 preveía que «Si el comprador no pudiere devolver la cosa en el mismo estado que la recibió sino con algún gravamen, sea de hipoteca u otro, deberá indemnizar al vendedor de los perjuicios que le resulten por esta causa».

#### *E) Proyecto de Código civil de 1851*

El proyecto de Código civil de 1851 siguió el modelo del Código civil francés de considerar la venta con pacto de retroventa una causa de resolución de la compraventa. El artículo 1435, que encabezaba el capítulo dedicado a la «resolución de la venta», estableció que «La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los dos capítulos anteriores y *por el retracto convencional y por el legal*». El retracto convencional se configuraba como una condición resolutoria del contrato de compraventa, con eficacia frente a terceros. Al vendedor se le concedía una acción real para la recuperación de la cosa vendida, de manera que, conforme a los artículos 1439 y 1440, «podrá ejercer su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional»<sup>48</sup>, y adquirirá la cosa «libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador».

#### 4. EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1889. LA OPINIÓN DE LOS PRIMEROS COMENTARISTAS

El Código civil español de 1889 sigue la línea del Código civil francés y del proyecto de 1851. El retracto convencional, regulado dentro del capítulo dedicado a las causas de resolución de la venta, tiene eficacia frente a terceros, conforme establece el artículo 1510: «El vendedor podrá ejercitar su acción contra todo poseedor que traiga su derecho del comprador, aunque en el segundo contrato no se haya hecho mención del retracto convencional, salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria respecto de terceros». El carácter retroactivo de la resolución lo prevé, con matices, el artículo 1520: «El vendedor que recobre la cosa vendida, la recibirá libre de toda carga o hipoteca impuesta por el comprador, pero estará obligado a pasar por los arriendos que este haya hecho de buena fe, y según la costumbre del lugar en que radique».

En cuanto a su naturaleza, MANRESA, tras hacerse eco de las contradicciones en la jurisprudencia anterior al Código civil, afirmó la naturaleza real del derecho de retracto convencional<sup>49</sup>. Para ello se fundamenta, en primer lugar, en el artículo 1510, que establece la eficacia del pacto frente a terceros, y deja a salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria; argumenta que la naturaleza personal haría completamente ineficaz el derecho de retracto si una enajenación hecha por el comprador impidiera el ejercicio del derecho<sup>50</sup>. Y, en segundo lugar, alude al artículo 107.9 de la Ley Hipotecaria, que permite al vendedor hipotecar los bienes vendidos con pacto de retroventa<sup>51</sup>. MANRESA señala que la venta con pacto de retro implica una «condición resolutoria»<sup>52</sup>, en tanto que la adquisición del dominio por el vendedor deriva del cumplimiento de la condición resolutoria, potestativa del vendedor, consistente en su declaración de voluntad acompañada de los reembolsos previstos en el artículo 1518; cumplida la condición y adquirido el dominio, el vendedor podrá recuperar la posesión del bien en manos de un tercero por el ejercicio de una acción real, la acción reivindicatoria<sup>53</sup>. Por tanto, la recuperación de la cosa por parte del vendedor no se produce a consecuencia de la conclusión de un nuevo contrato de compraventa, ni en virtud del ejercicio de un pretendido derecho real de retracto, sino por la resolución del primer contrato de compraventa. El derecho real del vendedor es calificado por VALVERDE y por Clemente DE DIEGO como un derecho de propiedad sujeto a condición suspensiva<sup>54</sup>.

#### 5. LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

La redacción originaria de la Ley Hipotecaria de 1861 avaló la consideración del pacto de retroventa como una causa de resolución de la compraventa. El texto de 1861 no hizo referencia a la hipotecabilidad del derecho del



vendedor. Es más, tampoco se permitía la hipoteca de «los bienes vendidos con pacto de retroventa, mientras la venta no quede irrevocablemente consumada o resuelta» (art. 108.9.º LH); ello concordaba con lo dispuesto en el artículo 109.1.º LH, que establecía que no se podían hipotecar los bienes sujetos «por contrato o por última voluntad a condiciones resolutorias»<sup>55</sup>. La razón era que el dominio del comprador podía quedar revocado por el ejercicio del retracto o el cumplimiento de la condición resolutoria<sup>56</sup>.

La reforma de 1869 permitió hipotecar los bienes vendidos con pacto de retroventa no solo al comprador, sino también al vendedor (art. 107.9 LH)<sup>57</sup>. En cualquier caso, conviene precisar que la hipoteca del derecho del vendedor no se fundamentaba en una hipotética naturaleza de derecho real, sino en su consideración de dominio sujeto a condición suspensiva —por su parte, el comprador tenía un dominio sujeto a condición resolutoria—. Ello mereció inicialmente la crítica de GALINDO y ESCOSURA, quienes se mostraban partidarios de negar la facultad de hipotecar los bienes con pacto de retroventa mientras la venta no quedase irrevocablemente consumada o resuelta, «o se considerase el derecho de retracto convencional, derecho real e inscribible, como se considera en Cataluña»<sup>58</sup>. Tras la aprobación del Código civil español, GALINDO y ESCOSURA señalaron que para hipotecar el derecho de retraer no hacía falta acudir al «subterfugio» del artículo 107.9.º de la Ley Hipotecaria, al tener dicho derecho naturaleza real conforme al artículo 1510 del Código civil<sup>59</sup>.

La Ley Hipotecaria de 1909, a pesar de que ya se había promulgado el Código civil de 1889 con la consiguiente configuración del derecho de retracto como un derecho con eficacia real, no modificó la regulación de su hipotecabilidad. Fue la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944/46 la que dio un nuevo enfoque a la cuestión, al permitir, en el artículo 107.8.º, que pueda hipotecarse «el derecho de retracto convencional». Establece dicho precepto que podrán también hipotecarse «El derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria». Si el vendedor ejercita el derecho de retracto no solo subsistirá la hipoteca, sino que esta recaerá directamente sobre los bienes retraídos». A diferencia de la legislación anterior, lo que hipoteca el vendedor no es la finca, sino el derecho de retracto, lo que debería implicar la consideración del derecho de retracto como un auténtico derecho real<sup>60</sup>.

## 6. LA EVOLUCIÓN DE LA CUESTIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA MÁS MODERNA

La jurisprudencia sobre la naturaleza del retracto convencional es escasa y no muy clara al respecto. La STS de 23 de octubre de 2002 (*RJ* 2002,

9305) afirmó que «se trata en definitiva de un pacto de reversión estipulado con el carácter de condición potestativa (S. 26 de diciembre de 1984). Son notas características: a), que su ejercicio dependa de la simple voluntad del vendedor; b), que *consista en un derecho a retraer o recuperar, no a adquirir de nuevo*».

La doctrina más moderna, coherente con la regulación del Código civil español y la de la Ley Hipotecaria, está en líneas generales de acuerdo en configurar el derecho de retracto convencional como un derecho real, y a la vez como una causa de resolución de la compraventa. La doctrina dominante considera que la venta con pacto de retroventa tiene el carácter de venta con condición resolutoria, de manera que si la condición se cumple se resuelve la venta con carácter retroactivo<sup>61</sup>. Y esta misma doctrina afirma también que el pacto de retro es un «derecho subjetivo de carácter real»<sup>62</sup>, lo que viene corroborado por su hipotecabilidad (art. 107.8 LH) y porque es ejercitable frente a terceros (art. 1510 CC).

## 7. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE REDIMIR POR LA GENERALITAT DE CATALUÑA

El desarrollo legislativo del derecho civil llevado a cabo por la Generalitat de Cataluña tras la Constitución de 1978 ha dotado al derecho de redimir en la venta a carta de gracia de una regulación que es conforme con su tradición jurídica.

La reforma de la Compilación por Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación del Derecho Civil de Cataluña en materia de venta a carta de gracia, clarificó de manera definitiva la naturaleza de los derechos que derivan de la venta a carta de gracia. En el apartado 4.º del preámbulo de la ley ya se puso de manifiesto que «La nueva redacción de los preceptos de la Compilación que regulan la venta a carta de gracia se centra en la configuración inequívoca del derecho de redimir como un derecho real, de acuerdo en este punto con la tradición jurídica catalana. Ello hace posible la hipoteca de este derecho, según las reglas generales de la hipotecabilidad de los derechos reales». Y así se estableció en su articulado. Conforme al artículo 326.II de la Compilación, «El derecho de redimir tiene carácter real». Y en el apartado IV de aquel mismo artículo se dispone que «El derecho de redimir es susceptible de transmisión y gravamen. En este último caso, es directamente ejecutable, sin necesidad de ejercicio previo del derecho», precepto que en este último inciso contradecía el artículo 107.8 de la Ley Hipotecaria, que para la ejecución del derecho exige que el acreedor haya retraído previamente en nombre del deudor los bienes hipotecados. La

eficacia real se evidenciaba también en el artículo 327.2 de la Compilación, según el cual «Redimida la cosa vendida a carta de gracia, queda libre de las cargas o los gravámenes que el comprador o los sucesivos titulares de la propiedad gravada le hayan impuesto desde la fecha de la venta, pero el precio de la redención está afecto, hasta donde alcance, al abono de tales cargas o gravámenes».

Lo que la reforma no aclaraba era el título que daba lugar a la readquisición del bien. En cualquier caso, y a diferencia del Código civil español, no se trataba de la resolución de la primera venta, pero tampoco se hablaba de una nueva venta. Las denominaciones utilizadas eran «derecho de redimir» y «redención», términos que posiblemente no son los más acertados, en tanto que hacen referencia a la extinción del censo que el censatario puede imponer al censalista e implican, por tanto, la liberación de un gravamen que pesa sobre la finca, mientras que el ejercicio del derecho de redimir en la venta a carta de gracia, más que la extinción de un gravamen, supone la adquisición de un bien<sup>63</sup>.

Los artículos 326 a 328 de la Compilación fueron derogados por la Ley 3/2017 que aprobó el libro sexto del Código civil de Cataluña relativo a las obligaciones y contratos, y su contenido se incorporó a los artículos 568-28 a 568-32 del Código civil de Cataluña que regulan el derecho de redimir en la venta a carta de gracia, «que faculta al vendedor para readquirir el bien vendido» (art. 568-1.1 CCCat)<sup>64</sup>.

## 8. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE READQUISICIÓN EN LA PROPUESTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES

Los apartados precedentes han mostrado distintos modelos para configurar el pacto de retroventa; podemos citar tres de ellos que, en mayor o menor medida, se encuentran reflejados en la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores:

a) El del derecho histórico de Castilla, en el que la readquisición de la propiedad se producía mediante la concesión al vendedor de un derecho personal para exigir al comprador la conclusión de un nuevo contrato de compraventa<sup>65</sup>.

b) El modelo del Código civil español, que siguiendo el Código civil francés y el Proyecto de 1851 considera el retracto convencional como una causa de resolución de la compraventa con naturaleza real.

c) El del derecho civil catalán, en el que el derecho de redimir es un derecho real de adquisición, cuyo ejercicio da lugar a la (re)adquisición del dominio.

La Propuesta ha seguido el esquema del derecho civil catalán, al considerar el derecho de readquisición como una modalidad de los derechos reales de adquisición. El primero de los artículos dedicados a los derechos de adquisición, el artículo 3111-1, establece en su apartado primero que «Son derechos reales de adquisición, el derecho de tanteo, el derecho de retracto, el derecho de opción y el derecho de readquisición». Y en su apartado cuarto dispone que «El derecho de readquisición faculta a su titular para recuperar en los términos pactados el bien transmitido, con la obligación de satisfacer los reembolsos a que se refiere el artículo 3112-6». Queda claro, por tanto, que el derecho de readquisición no resuelve una venta, sino que da lugar a una nueva adquisición mediante un derecho real que podrá ejercerse frente al comprador o frente a tercero. La influencia del derecho castellano se encuentra en el mecanismo adquisitivo, que no tiene lugar por el mero ejercicio del derecho, sino mediante la conclusión de un nuevo contrato. Por último, la Propuesta no se ha desligado completamente de la regulación de los artículos 1507 y siguientes del Código civil, como se verá a continuación en la exposición del régimen jurídico, por ejemplo en lo que respecta a los desembolsos a efectuar para el ejercicio del derecho, que siguen siendo coincidentes con los del retracto legal.

#### IV. RÉGIMEN DEL DERECHO DE READQUISICIÓN

En la Propuesta de la Asociación de Profesores, el régimen del derecho de readquisición está constituido por las reglas específicas de los artículos 3113-16 a 3113-19; en lo en ellas no previsto, se aplican supletoriamente las normas que regulan el derecho de opción (art. 3113-20), además de las disposiciones generales de los artículos 3111-1 a 3111-4 relativas a los derechos de adquisición y de los artículos 3113-1 y 3113-2 sobre los derechos de adquisición de constitución voluntaria<sup>66</sup>.

##### 1. CONSTITUCIÓN

Conforme al artículo 3113-1.1 PAPDC, los derechos de adquisición de origen voluntario, entre ellos el derecho de readquisición, se constituyen por cualquier título: «por acto *inter vivos* o *mortis causa*, a título gratuito u oneroso»; por tanto, no solamente se contempla el derecho de readquisición como un pacto añadido al contrato de compraventa, sino que podría constituirse, por ejemplo, mediante un testamento.

Al igual que ocurre con el derecho de opción, el derecho de readquisición puede tener naturaleza real o personal<sup>67</sup>. Por ello, cuando el derecho

de readquisición se constituya por contrato, debe discernirse cuando tendrá una u otra naturaleza. El artículo 3113-3.2 exige para ello una serie de requisitos: que se formalice en escritura pública y que se inscriba en el Registro correspondiente, «que su constitución obedezca a la satisfacción de intereses legítimos» —requisito de difícil comprobación ya que dichos intereses no tienen porque aparecer externamente al constituir el derecho—, y que «el objeto sobre el que recae el derecho se encuentre claramente determinado», lo que enlaza con la necesaria identificabilidad del objeto a que alude el artículo 3111-4.1 PAPDC. Pero, además, para que el derecho de readquisición tenga naturaleza real, debe manifestarse en el título constitutivo que se le confiere dicha naturaleza. Así lo expresan de manera clara los artículos 3111-3.2.a) y 3113-1.2.d) PAPDC. El primero de dichos preceptos, al enumerar los requisitos para que los derechos de adquisición voluntaria tengan naturaleza real, exige en la letra a) «Que en el título constitutivo se manifieste que el derecho se configura con tal carácter»; asimismo, en el artículo 3113-1.2.d), relativo a las menciones que deben constar en el título constitutivo, se alude a «La voluntad del constituyente o constituyentes de configurar el derecho como real».

El título constitutivo debe contener una serie de menciones. A ellas se refiere, con carácter general para todos los derechos de adquisición de constitución voluntaria, el artículo 3113-1.2 PAPDC, que junto a la ya mencionada voluntad del constituyente de configurar el derecho como real, añade la identificación de su titular y del objeto sobre el que recae, el plazo de duración del derecho, la prima que, en su caso, se haya convenido para la constitución del derecho —que, salvo pacto en contrario, no se considera un pago a cuenta del precio—, y el domicilio del concedente a los efectos de las notificaciones preceptivas<sup>68</sup>. Además, el artículo 3113-8 PAPDC exige que conste el precio o contraprestación a satisfacer para el caso de ejercerse el derecho o los criterios para su determinación y, en su caso, el pacto que permita al optante el otorgamiento unilateral de la escritura en la que se formalice el ejercicio del derecho.

## 2. DURACIÓN

El artículo 3113-16 PAPDC dispone que el derecho de readquisición puede constituirse por un tiempo máximo de diez años, plazo de diez años que asimismo se prevé como supletorio para el caso en que en el título constitutivo no se haya fijado la duración del derecho. Se trata de una regla idéntica a la prevista para el derecho de opción en el artículo 3113-9.1 PAPDC, por lo que, en virtud de la remisión del artículo 3113-20 PAPDC, no solo resulta innecesaria, sino que además hace plantear dudas acerca de

si resultan aplicables al derecho de readquisición otras normas del derecho de opción relativas al plazo como la del artículo 3113-9.3 PAPDC<sup>69</sup>.

El plazo máximo de duración de diez años es el mismo que el previsto en el artículo 1508.II Código civil para el retracto convencional, que en cambio reduce el plazo supletorio a cuatro años. También difiere el plazo de la Propuesta respecto al establecido en el Código civil de Cataluña, que en el artículo 568-29 dispone que, tratándose de bienes inmuebles, la duración del derecho podría prolongarse durante veinte años o la vida de una o dos personas, mientras que si se trata de bienes muebles el plazo se reduce a tres años<sup>70</sup>. Existen sustanciales diferencias entre el régimen de la Propuesta y el del Código civil de Cataluña, muchas de las cuales se explican por la función de garantía que la institución ha desarrollado en el derecho catalán, en el que ha primado el interés en facilitar la recuperación del bien por parte del vendedor. Ello hace que nos planteemos, *de lege ferenda*, una serie de cuestiones sobre la base de estas diferencias.

1.<sup>a</sup>. ¿Debe establecerse un plazo máximo de duración diferente según se trate de bienes muebles o inmuebles? Como se acaba de señalar, así lo hace el derecho civil de Cataluña, no el Código civil español ni la Propuesta. La justificación del diferente trato podría estar en el carácter deteriorable por el uso y el transcurso del tiempo de muchos bienes muebles, por ejemplo una embarcación, que por tanto aconsejaría plazos reducidos. Sin embargo, existen otros bienes muebles susceptibles de ser objeto de un derecho de readquisición que son inmunes al paso del tiempo, como por ejemplo una pintura o una escultura; en estos casos, la reducción del plazo máximo de duración del derecho de redimir ya es más discutible.

2.<sup>a</sup>. ¿Plazos amplios o reducidos? Los inconvenientes del derecho de readquisición son evidentes: la situación de incertidumbre en la que se encuentra el comprador, la invariabilidad del precio de readquisición respecto al inicialmente fijado en el título constitutivo aunque el bien —especialmente si es inmueble— haya aumentado de valor, así como la falta de realización de mejoras en el bien ante el temor de que en cualquier momento se pueda ejercitar el derecho de redención. Por ello, la regla general debería ser la fijación de unos plazos reducidos. Ahora bien, ello debe venir matizado por la función que realiza el pacto. Es obvio que si la función es la de garantía, convienen plazos largos, y así se explican los amplios plazos para los bienes inmuebles en el derecho civil catalán, en el que la no prohibición expresa del pacto comisorio facilita dicha función de garantía<sup>71</sup>.

3.<sup>a</sup>. ¿Está justificada la concesión de un derecho de readquisición durante un plazo variable determinado por la vida de las personas? Como se ha señalado, en el derecho catalán, si el bien vendido es un inmueble, se permite fijar la duración del derecho de redimir «por la vida de una o dos personas determinadas existentes en el momento de suscribirse el contrato»

(art. 568-29 CCCat), con lo cual la duración del derecho de redimir podría alargarse mucho más allá de veinte años. La regla tiene por finalidad facilitar la readquisición del bien por parte de quien se ha visto forzado a vender. La doctrina clásica catalana incidía en esta idea, hasta el punto de que llegaba a afirmar la imprescriptibilidad del derecho de redimir, con los argumentos de que, de otra manera, el vendedor no habría vendido, por la disminución del precio de compra para gozar de aquel derecho, y porque no se trataba de la adquisición de un nuevo derecho, sino de la conservación de un derecho que ya se tenía<sup>72</sup>. En cualquier caso, no cabe duda de que el comprador difícilmente aceptará la fijación de un plazo de estas características.

4.<sup>a</sup> ¿El plazo para readquirir debe ser el mismo que para adquirir? La Propuesta establece el mismo plazo máximo para el derecho de readquisición que para el derecho de opción. En cambio, el Código civil de Cataluña sí distingue, ampliando el plazo para readquirir los inmuebles, lo que se explica por la apuntada función de garantía que ha desarrollado la venta a carta de gracia de bienes inmuebles, y con la finalidad de evitar que el vendedor pierda definitivamente el bien dado en garantía.

5.<sup>a</sup> ¿Es necesario un requerimiento para la extinción del derecho una vez transcurrido el plazo de duración? Mientras en la Propuesta la extinción del derecho es automática una vez llegado el plazo, el Código civil de Cataluña exige un requerimiento al vendedor si este posee la finca adquirida; así lo dispone el artículo 568-29 CCCat, que acaba diciendo que «Por excepción, si el vendedor o sus sucesores ocupan la finca vendida a carta de gracia o la poseen por cualquier título, el derecho de redimir no se extingue por el simple transcurso del plazo pactado y es preciso un requerimiento especial, con la fijación de un nuevo plazo improrrogable, que no puede ser inferior a tres meses». Se trata de una norma que en la redacción originaria de la Compilación se limitaba a las fincas rústicas, y a la que la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación en materia de venta a carta de gracia, dio carácter general. Su finalidad es la protección del vendedor en el caso en que haya concertado un contrato con el comprador para seguir explotando la finca, lo que nuevamente aparece ligado a la función de garantía.

Finalmente, en cuanto a las prórrogas, el artículo 3113-9.2 PAPDC establece que «Las partes pueden pactar prórrogas sucesivas, cada una de las cuales no puede exceder del plazo máximo establecido en el apartado anterior», es decir, de diez años (en términos similares el art. 568-8.2 CCCat). La norma es incorrecta si consideramos la prórroga como una novación modificativa del contrato, en tanto que, al tratarse del mismo contrato, no es que la prórroga no pueda exceder del plazo máximo de diez años, sino que no podrá superar los diez años el tiempo de prórroga sumado al plazo inicial que ha transcurrido.

### 3. RÉGIMEN DEL DERECHO DE READQUISICIÓN MIENTRAS ESTÁ PENDIENTE SU EJERCICIO

Una vez constituido el derecho de readquisición, y mientras su ejercicio está pendiente, el concedente está obligado a la conservación material del bien. Y tanto el vendedor como el comprador pueden disponer de su derecho.

#### *A) La obligación de conservación del bien*

El bien sobre el que recae un derecho de readquisición debe conservarse en el estado (físico o material) que tenía al constituirse el derecho, salvo los menoscabos normales por el uso y el transcurso del tiempo. Recae sobre el propietario la obligación de conservación (art. 3113-14.1 PAPDC), y son a su cargo los gastos «ordinarios» que ello genere (art. 3112-6.2 PAPDC)<sup>73</sup>, que constituyen la contrapartida por el goce o uso de la cosa. El propietario responde por el deterioro del bien ocasionado por su culpa o dolo, mientras que queda eximido de responsabilidad si la pérdida se produce por caso fortuito, fuerza mayor o hecho de una tercera persona.

Para comprobar el estado de conservación del bien, el artículo 3113-14.2 PAPDC confiere al titular del derecho la facultad de inspeccionarlo<sup>74</sup>, facultad que le debe permitir denunciar al juez su posible deterioro con el fin de que este decreta las medidas necesarias para hacerlo cesar, sin perjuicio de la responsabilidad por la pérdida del bien o por su menoscabo.

Si el bien se pierde o deteriora, es muy probable que el retrayente ya no ejerza el derecho de readquisición, porque no le interesará adquirirlo en este estado, sin perjuicio de que el concedente deba responder por ello si intervino culpa o dolo. Si a pesar de todo ejerce el derecho, el artículo 568-32.2 CCCat —a diferencia de la Propuesta, que guarda silencio sobre la cuestión— prevé, con relación al derecho de redimir en la venta a carta de gracia, que el titular de la propiedad gravada debe indemnizar al redimente por la disminución de valor que la cosa haya sufrido por causa imputable a él y a los titulares anteriores.

El propietario tampoco puede acometer alteraciones materiales que modifiquen sustancialmente el bien; no está permitida la realización de obras que produzcan la transformación del bien de manera irreversible, es decir, no se puede alterar su naturaleza o destino ni sus cualidades esenciales.

#### *B) La disponibilidad del bien gravado y del derecho de readquisición*

La naturaleza real del derecho de readquisición permite la disposición tanto del bien como de la propiedad gravada.



a) La disposición del bien gravado

La eficacia *erga omnes* del derecho de readquisición posibilita que el propietario del bien gravado pueda transmitir este bien a un tercero. Así lo establece el artículo 3113-12 PAPDC con relación al derecho de opción: «1. El propietario del bien sujeto al derecho de opción puede enajenarlo sin consentimiento del optante salvo que en el título constitutivo se establezca una prohibición de enajenar. Tiene la obligación de notificar fehacientemente la transmisión al optante. 2. Los actos de enajenación no perjudican el derecho del optante, que persiste frente al nuevo propietario hasta el vencimiento del plazo».

Asimismo, el artículo 107.7 LH admite la hipoteca de los bienes vendidos con pacto de retro o a carta de gracia, «si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolverse la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que, si se retrajeren los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no mediar para ello precepto judicial». Por tanto, para salvaguardar el derecho del acreedor que verá su hipoteca extinguida, se exige simplemente que se le notifique el ejercicio del retracto, sin que se constituya una nueva garantía en sustitución de la extinguida, protección por tanto más débil que la que prevé el artículo 569-33.4 CCCat, que exige la consignación del precio recibido<sup>75</sup>.

b) La disposición del derecho de readquisición

En cuanto a la disposición del derecho de readquisición, dado que no existe norma específica al respecto, debe aplicarse supletoriamente el artículo 3113-11.1 PAPDC, que establece que «El derecho de opción es transmisible sin necesidad de contar con el consentimiento del concedente, salvo que se haya constituido en consideración a su titular o se disponga lo contrario en el título constitutivo». Esta transmisibilidad va en contra de la propia esencia del derecho de readquisición, en tanto que si se transmite el derecho ya no readquirirá el vendedor, sino que adquirirá el tercero. Por tanto, el pacto en contrario en el título constitutivo previsto para el derecho de opción tendría más razón de ser si lo que se constituye es un derecho de readquisición.

En cuanto a la hipoteca del derecho, el artículo 107.8 LH dispone que puede hipotecarse «el derecho de retracto convencional, si bien el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados sin retraerlos previamente en nombre del deudor, en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria. Si el vendedor ejercita el derecho de

retracto no solo subsistirá la hipoteca, sino que esta recaerá directamente sobre los bienes retraídos». Dos reglas merecen destacarse de dicho precepto. La primera es que no se prevé la ejecución directa del derecho de retracto convencional, sino que se parte de la base de que el acreedor debe ejercitar previamente el derecho de opción<sup>76</sup>; ahora bien, como considera la mayoría de la doctrina, nada impide dicha realización directa del derecho de redimir<sup>77</sup>. En cualquier caso, si el acreedor acepta como garantía un derecho de readquisición, debe asumir que es posible que, para realizar la garantía, deba adelantar la cantidad necesaria para el ejercicio del derecho, lo que no deja de ser arriesgado, y probablemente solamente le compensará si el precio para ejercitar el derecho es notablemente inferior al valor del bien adquirido. La segunda regla a destacar es que la extinción del derecho de opción a consecuencia de su ejercicio no solamente no ocasionará ningún perjuicio al acreedor hipotecario, sino que le supondrá un enorme beneficio, al recaer la hipoteca no sobre el derecho de adquirir un inmueble, sino sobre la propiedad del inmueble mismo.

#### 4. EJERCICIO

##### *A) Requisitos para el ejercicio del derecho*

A falta de norma específica, y conforme a la remisión general del artículo 3113-20 PAPDC, para determinar los requisitos para el ejercicio del derecho de readquisición se debe acudir al artículo 3113-10 PAPDC, precepto que establece que «el derecho de opción se ejerce mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración del mismo». Dicha declaración de voluntad unilateral debe reunir una serie de requisitos:

1.º) Se trata de una declaración de voluntad recepticia, es decir, debe ir dirigida al propietario, ya sea el concedente, o el tercero a quien se haya transmitido el bien.

2.º) No se exige que se haga por vía notarial, sino que basta con que sea fehaciente.

3.º) Debe practicarse en el domicilio o en la dirección de correo electrónico fijada en el título constitutivo<sup>78</sup>.

4.º) Ha de hacerse dentro de plazo. El apartado 3 del artículo 3113-10 PAPDC aclara que «Se considera ejercido tempestivamente el derecho de opción cuando el optante emite la correspondiente declaración de voluntad antes de que transcurra el plazo de caducidad del derecho, aunque la misma llegue al concedente fuera de plazo sin culpa del optante».

*B) No es necesario consignar el precio para ejercer el derecho de readquisición*

Cuando el redimente notifica el ejercicio del derecho de readquisición, ¿debe a la vez consignar el precio y los demás desembolsos que establece la ley? A falta de regla específica, existen dos normas que podrían ser aplicables. Por una parte, y conforme a la remisión general al régimen de la opción como derecho supletorio (art. 3113-20 PAPDC), el artículo 3113-10.1 establece que el derecho de opción se ejerce «mediante declaración de voluntad unilateral recepticia dentro del plazo de duración» del derecho, sin exigir por tanto el pago del precio, que únicamente constituye un requisito de perfección del contrato adquisitivo cuando así se disponga en el título constitutivo (art. 3113-10.4.II). En cambio, si aplicamos el artículo 3112-6.4 —que no obstante referirse al ejercicio de los derechos de adquisición preferente es el precepto al que se remite el artículo 3111-1.4 con relación a los reembolsos a satisfacer para el ejercicio del derecho de readquisición—, el ejercicio del derecho requiere «la consignación del precio de la enajenación cuando sea conocido y el ofrecimiento del pago de los gastos de legítimo abono». La duda debe resolverse a favor de la aplicación del artículo 3113-10, por varias razones: 1.<sup>a</sup>) El derecho de readquisición es una modalidad del derecho de opción, como lo demuestra la aplicación supletoria de su régimen jurídico. 2.<sup>a</sup>) La remisión del artículo 3112-6 se refiere solamente a los reembolsos que deberán hacerse, pero no a los requisitos de ejercicio del derecho. 3.<sup>a</sup>) El artículo 3112-6 habla de la «acción de retracto», por lo que alude al ejercicio judicial del derecho.

*C) Reembolsos a abonar*

a) La remisión al régimen de ejercicio de los derechos de adquisición preferente de origen legal

El artículo 3111-1.4 PAPDC establece que «el derecho de readquisición faculta a su titular para recuperar en los términos pactados el bien transmitido, con la obligación de satisfacer los reembolsos a los que se refiere el artículo 3112-6». El precepto sorprende, en primer lugar, porque una cuestión trascendente, como los reembolsos para el ejercicio del derecho, se regula mediante la técnica de la remisión, cuando probablemente merecería un precepto propio, como ocurre en el derecho civil catalán, que dedica un artículo específico, el artículo 568-31 CCCat, a las cantidades que debe abonar el titular del derecho de redención para ejercitarlo. Y, además, sorprende también porque la remisión no se hace al régimen de

la opción, como resultaría del artículo 3113-20 PAPDC, sino a un precepto que regula los reembolsos a efectuar cuando se ejercita un derecho de adquisición preferente de origen legal. Ello puede explicarse por un seguidismo del Código civil español, en el cual el artículo 1518 es aplicable tanto a los reembolsos a satisfacer para ejercer el retracto convencional como para ejercer el retracto legal (por la remisión del art. 1525), y cierto es que ambos retractos tienen en común la existencia de un contrato o una previa transmisión, y por tanto unos gastos de los que alguna de las partes se debe hacer cargo<sup>79</sup>. Pero existen dos diferencias sustanciales que deberían dar lugar a un régimen propio en cada caso. Por una parte, los plazos para el ejercicio de uno y otro derecho varían sustancialmente; mientras en el retracto convencional pueden llegar a los diez años (art. 3113-16 PAPDC), en el retracto legal la regla general es que el plazo es de treinta días (art. 3112-5 PAPDC), lo que implica que la cuantía de los gastos que se pueden producir en uno y otro caso son muy diferentes. Y, además, no hay que olvidar que el derecho de retracto legal nace a raíz de un incumplimiento de la obligación de notificación inherente al tanteo (art. 3112-3.1 PAPDC), incumplimiento que debería tener consecuencias respecto a la asunción de ciertos gastos<sup>80</sup>.

b) Las cantidades a abonar

De la remisión del artículo 3111-1.4 al artículo 3112-6 PAPDC resulta que el titular del derecho de readquisición, para recuperar el bien, tiene la obligación de satisfacer los siguientes reembolsos.

a') El precio estipulado

La técnica de la remisión no permite resolver una de las principales dudas que plantea el ejercicio del derecho de readquisición: si el precio para readquirir debe ser o no el mismo que por el que se transmitió.

El artículo 1518 del Código civil exige, para que el vendedor pueda hacer uso del retracto convencional, que, además de ciertos gastos, abone al comprador «el precio de la venta». La literalidad del precepto da a entender que ni el comprador podrá reclamar un mayor precio aunque el valor del bien haya aumentado, ni el vendedor podrá pretender pagar menos si dicho valor ha disminuido; ahora bien, un sector de la doctrina admite la fijación por pacto de un precio inferior o superior al de la venta<sup>81</sup>, pacto que contempla expresamente el artículo 568-31 a) CCCat, que prevé que pueda convenirse que el precio para la redención sea distinto que el de venta<sup>82</sup>.

La Propuesta no resuelve de manera clara la cuestión. La remisión del artículo 3111-1.4 al artículo 3112-6, que entre los reembolsos a satisfacer enumera en primer lugar «el precio realmente pagado, coincida o no con el reflejado en el contrato», da a entender que el precio de redención es el mismo que el precio de venta. Y esa interpretación literal parece que se corresponde asimismo con el espíritu de la Propuesta, lo que viene corroborado por dos circunstancias. En primer lugar, que al encontrarse la materia ya regulada en el Código civil, cualquier modificación del régimen de los artículos 1507 a 1520 debería constar de manera clara, sin dejar lugar a la duda. La segunda, los propios comentarios de la redactora del capítulo, que justifica la remisión a las reglas de los derechos de adquisición preferente de origen legal por existir en ambos casos un precio que sirve de referencia<sup>83</sup>. Sin embargo, esta interpretación no es posiblemente ni la más correcta, ni la que mejor se ajusta a las necesidades del tráfico económico. No es la más correcta porque en la Propuesta, a diferencia del Código civil español, el derecho de readquisición no resuelve la compraventa. La resolución de un contrato obliga a las partes a la restitución de las recíprocas prestaciones, por lo que la regla general es la devolución del mismo precio percibido, como establece el artículo 1518 del Código civil. En cambio, la Propuesta se aparta de esta concepción, y lo que establece es un derecho de (re)adquisición, en el que el precio para (re)adquirir el bien debe poder ser libremente fijado por las partes; el único límite a la autonomía de la voluntad sería la imposibilidad de fijar un precio mucho más elevado, ya que constituiría un indicio de usura. Y no es la más atractiva para el tráfico económico porque la imposibilidad de fijar un precio de readquisición más elevado implica que el comprador no podrá obtener ninguna compensación por el gravamen que se le impone.

Si otra cosa no se ha pactado, el redimente no deberá intereses, ya que se compensan con los frutos que percibe el comprador.

b') El reembolso de los gastos efectuados en el bien transmitido

El artículo 3112-6.1.c) PAPDC, al igual que el artículo 1518 del Código civil, exige para ejercitar el derecho de adquisición el reembolso de «los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa transmitida». El mismo precepto, en sus apartados 2 y 3, establece que no son reembolsables los «gastos ordinarios para la conservación de la cosa», ni los «gastos suntuarios». Los artículos 323-6 y siguientes PAPDC, al definir los gastos necesarios, los gastos útiles y los gastos suntuarios, ayudan a delimitar unos y otros, si bien no resuelven todas las dudas que se plantean.

a'') Los gastos suntuarios

Los gastos suntuarios son los que «se realizan con fines ornamentales, o de mero lujo o recreo» (art. 323-6.4 PAPDC). No son reembolsables, si bien «el adquirente retraído puede llevarse los objetos en que consistan si puede hacerlo sin menoscabo del bien» (art. 3112-6.3 PAPDC)<sup>84</sup>.

b'') Los gastos útiles

Son gastos útiles «los que incrementan la utilidad de la cosa, le proporcionan mayores ventajas o incrementan su valor en el mercado» (art. 323-6.3 PAPDC). Respecto a la cuestión de si se deben reembolsar o no al comprador, entran en juego puntos de vista contrapuestos. Por una parte, si el comprador no tiene derecho a reembolso, se podría producir un enriquecimiento injustificado para el vendedor readquirente, al aumentar el valor del bien en virtud de la mejora realizada por el comprador sin que se modifique el precio de (re)adquisición. Pero, desde otra perspectiva, si al vendedor se le exige el pago de dichos gastos, probablemente se le dificultará el ejercicio del derecho de readquisición; no debe olvidarse que, frecuentemente, la situación económica del vendedor no es la mejor. Por otro lado, el plazo de duración del derecho es un elemento a tener en cuenta; cuanto mayor sea el plazo más evidente será que la ordenada administración del bien requerirá la realización de gastos útiles, de cuyo importe debiera ser compensado el comprador.

Conforme al artículo 3112-6.1.c) PAPDC, el titular del derecho de readquisición debe reembolsar al comprador los gastos útiles hechos en la cosa transmitida, salvo que se realicen «con la intención de dificultar el ejercicio del derecho de retracto». La Propuesta no prevé ningún límite cuantitativo, a diferencia del Código civil de Cataluña, que fija como cantidad máxima a abonar por este concepto el 25% del precio fijado para la redención<sup>85</sup>. Posiblemente la norma del Código catalán aporta mayor seguridad jurídica, en tanto que el vendedor con pacto de retroventa ya es consciente desde un inicio de que, para redimir el bien, puede que deba pagar hasta un 25% más del precio fijado; y el comprador, por su parte, ya sabe que se verá compensado por los gastos útiles que realice, siempre que no excedan de una cantidad ya determinada. En cambio, la norma del artículo 3112-6.1.c) PAPDC puede generar cierta inseguridad al retrayente, al no establecer ningún límite cuantitativo y acudir a un elemento intencional, no siempre fácil de apreciar<sup>86</sup>.

Existen dos criterios para cuantificar el importe a reembolsar: el coste del gasto realizado, o el incremento de valor experimentado por el bien a

consecuencia de la inversión. Dado que el artículo 3112-6.1.c) PAPDC no lo aclara, resultaría aplicable el artículo 323-8.1.II PAPDC en sede de posesión, que permite al nuevo poseedor optar por satisfacer el importe del gasto, o el «incremento de valor de la cosa derivado de la inversión»<sup>87</sup>.

Finalmente, conviene de nuevo poner de manifiesto que, en tanto que el plazo de ejercicio del derecho es un elemento decisivo para determinar si deberían abonarse o no las mejoras, sorprende la remisión al régimen del retracto legal, en el que el plazo (máximo) no es de diez años sino de treinta días. Por ello, hubiese resultado más coherente desde un punto de vista sistemático una remisión al régimen de la opción, régimen que, no obstante, sería más perjudicial para el retrayente y posiblemente menos equitativo, en tanto que el artículo 3113-14.3 PAPDC establece que las mejoras útiles realizadas por el propietario pertenecen al optante, «que no tiene la obligación de pagar su importe»<sup>88</sup>.

#### c') Los gastos de conservación en la cosa

El apartado segundo del artículo 3112-6 PAPDC establece que «no son reembolsables los gastos ordinarios hechos para la conservación de la cosa». La misma regla sigue el artículo 568-31.c) CCCat, y el artículo 1518 del Código civil; como señalaba GARCÍA GOYENA<sup>89</sup>, se entiende que estos gastos de conservación de la cosa, «son cargas del goce de la misma y, por consiguiente, de cuenta del comprador que lo ha tenido como verdadero propietario».

Ahora bien, el artículo 323-6 PAPDC viene a introducir cierta confusión cuando califica los gastos «dirigidos a la adecuada conservación de la cosa» como gastos «necesarios», gastos que sí se deben abonar al comprador conforme al artículo 3112-6.1.c) PAPDC, que establece que son reembolsables «los gastos *necesarios* y útiles hechos en la cosa transmitida». Por ello, dentro de los gastos de conservación de la cosa se impone una distinción entre los gastos «ordinarios» (no reembolsables) y los gastos «necesarios» (sí reembolsables). El concepto de gasto «necesario» debe referirse a los gastos de conservación que no sean ordinarios, es decir, los ocasionados no por el simple transcurso del tiempo o el normal uso de la cosa, sino por otras circunstancias de carácter «extraordinario», entre ellas las originadas por agentes naturales externos o por actos de un tercero, como por ejemplo un incendio o un acto vandálico. En estos casos, si el comprador acomete la reparación podrá exigir su reembolso al vendedor si este ejercita su derecho de readquisición, por varias razones: a) porque no se trata de gastos «ordinarios»; b) por su asimilación a los gastos útiles; y c), porque otra solución daría lugar a un enriquecimiento injustificado por parte del vendedor. En cambio, si se trata de gastos motivados por el dolo o la culpa

del comprador, es este quien debe hacerse cargo de los mismos, y si no lo hace responderá frente al vendedor en caso de que este ejercite el derecho de readquisición<sup>90</sup>.

- c') Los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la transmisión del bien

El artículo 3112-6.1.b) PAPDC, al igual que el artículo 1518 del Código civil, exige para poder ejercer el derecho de adquisición que el vendedor reembolse al comprador «los gastos del contrato y cualquier pago legítimo hecho para la venta». Entre los gastos a los que se refiere el artículo 3112-6.1.b) PAPDC la doctrina cita los gastos notariales y registrales, el pago del impuesto de transmisiones patrimoniales<sup>91</sup>, y los gastos de traslación o transporte de la cosa vendida<sup>92</sup>. En general, se rechaza el abono de los gastos que puedan ser voluntarios, como por ejemplo la comisión de un intermediario, o los honorarios de un profesional consultado para asesorar<sup>93</sup>. La norma es especialmente gravosa para el retrayente, en tanto que deberá correr con los gastos de las dos transmisiones, quedando exonerado de ellos el comprador, que puede haber tenido la propiedad del bien hasta un máximo de diez años. Posiblemente resultaría más equitativo un reparto de los gastos de la primera transmisión, más si se tiene en cuenta que la constitución del derecho de readquisición probablemente habrá supuesto una reducción del precio de venta<sup>94</sup>.

- c) La liquidación de los frutos pendientes

El artículo 3113-8 PAPDC regula el régimen de liquidación de los frutos pendientes existentes en la finca cuando el vendedor ejercita el derecho de readquisición. Al igual que el artículo 1519 del Código civil, distingue en función de si solamente existen frutos pendientes al tiempo de la readquisición, o si también los había al transmitirse la finca.

Conforme al primer apartado del artículo 3113-18, «Cuando al transmitirse la finca haya frutos manifiestos o nacidos, no se hará abono ni prorrateo de los que existan al tiempo de la readquisición». Por tanto, los frutos pendientes al verificarse la venta pertenecerán al comprador, mientras que los pendientes al ejercitarse el retracto serán para el vendedor retrayente; se compensan unos frutos con los otros, aunque su cuantía o los gastos de cultivo o recolección resulten diferentes<sup>95</sup>. En cualquier caso, se trata de una norma aplicable solamente para el caso en que no se hubiesen liquidado tales frutos al transmitirse la finca.



Si el comprador recibió el bien sin frutos, pero al tiempo de la readquisición los hay ya manifiestos o nacidos, «se prorratearán entre el readquirente y el transmitente, dando a este la parte correspondiente al tiempo que poseyó la finca en el último año, a contar desde la adquisición»<sup>96</sup> (art. 3113-18.II PAPDC). Ahora bien, téngase en cuenta que para generar estos frutos el comprador puede haber empleado su trabajo y realizado una serie de gastos (semillas, abonado, riego, entre otros); por otro lado, el vendedor puede haber satisfecho, entre otros, los gastos de recolección. Por ello, y como se establece en sede de posesión<sup>97</sup>, antes de proceder al reparto de los frutos se deberían liquidar los gastos necesarios para su producción<sup>98</sup>.

*D) La indivisibilidad del derecho de readquisición y la posibilidad de su ejercicio parcial*

El artículo 3113-19 PAPDC contiene diversas normas para el caso en que exista una pluralidad de sujetos legitimados, activa o pasivamente, para el ejercicio del derecho de redimir. Se trata de un régimen que no debería ser exclusivo del derecho de readquisición, sino aplicable también al derecho de opción; su ubicación dentro de la sección relativa al derecho de readquisición se explica una vez más por el seguidismo respecto al Código civil español, que regula dicha cuestión en los artículos 1513 a 1517 del Código civil.

a) La indivisibilidad del derecho de redimir

Como cuestión previa al análisis de los distintos supuestos de cotitularidad, debe partirse de la base de que la regla general es la indivisibilidad del derecho de readquisición. No puede obligarse al comprador a la redención de parte del bien, ni tampoco a la redención de solo alguno de los bienes adquiridos por un precio global. Únicamente la fijación de un precio individualizado legitima la redención parcial de varias cosas vendidas en un mismo contrato<sup>99</sup>. Esta regla es asimismo aplicable al derecho de opción, de manera que cuando se constituye un derecho de opción sobre varios bienes, si se fija un precio global, la opción deberá ejercitarse sobre todos los bienes, mientras que si se fijan precios individualizados se podrá ejercitar sobre cada bien por separado.

b) Pluralidad de sujetos legitimados

Se hará referencia tanto al supuesto de una pluralidad de sujetos legitimados activamente para ejercer el derecho de readquisición, como al

caso, no contemplado en el artículo 3113-19 PAPDC, en que son varios los gravados con dicho derecho.

a') Pluralidad de sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de readquisición

Cuando existe una pluralidad de sujetos legitimados para el ejercicio del derecho de readquisición, el régimen es diferente en función de si la venta del bien se ha hecho por el acuerdo de los comuneros, o si cada uno de ellos ha transmitido separadamente su cuota.

a'') Transmisión conjunta de un bien con derecho de readquisición

Si varios copropietarios transmiten conjuntamente un bien con derecho de readquisición, el artículo 3113-19.3 PAPDC establece que «Cuando los comuneros transmiten conjuntamente el bien objeto de la comunidad con derecho de readquisición, ninguno de ellos puede ejercer este derecho más que por su parte respectiva. En este caso, el adquirente puede exigirles la adquisición de la totalidad del bien»<sup>100</sup>. El precepto, que reproduce el régimen de los artículos 1514.I y 1515 del Código civil, prevé que puedan darse dos posibles escenarios.

El primero es que uno de los comuneros pretenda ejercer el derecho de readquisición solamente por su cuota correspondiente, y el comprador no se oponga a ello. En este caso, el retracto parcial será válido, y cabe entender que, al aceptar un primer retracto parcial, el comprador está aceptando tácitamente los sucesivos posibles retractos parciales que se puedan producir en el futuro, de manera que ya no podrá obligar a los retrayentes a que se pongan de acuerdo sobre la redención de la totalidad de la cosa<sup>101</sup>.

El segundo escenario, posiblemente el más habitual, es que el comprador se oponga al retracto parcial pretendido por alguno de los comuneros, y exija que la redención sea total. No habrá problema si todos los vendedores están de acuerdo en el retracto total. Pero si alguno de ellos se opone, una solución posiblemente más equitativa que la de impedir la redención a falta de dicho acuerdo, es la de permitir que el retrayente o retrayentes interesados pueda redimir la totalidad del bien<sup>102</sup>; con esta solución se atiende a los intereses de los redimientes y del comprador, sin que se produzca en principio un perjuicio grave a los demás vendedores cotitulares del retracto, para los cuales, si no desean ejercitar el derecho, este no tiene mayor utilidad, en tanto que el no ejercicio produciría su extinción tras el transcurso del plazo fijado<sup>103</sup>. Y no hay que olvidar, por otra parte, el posible ejercicio de la acción de división conforme a los artículos 400 y siguientes del Código civil.

b'') Transmisión separada de las cuotas

En caso de venta separada de todas las cuotas con derecho de readquisición, la regla es clara; dice el artículo 3113-19.2 PAPDC, que sigue lo establecido en el artículo 1516 Código civil, que «Cuando varios comuneros transmiten separadamente su cuota a la misma persona, con derecho de readquisición, cada uno puede ejercer este derecho por su cuota respectiva y el adquirente no puede obligarles a adquirir la totalidad del bien». La regla es lógica, ya que en este caso no se transmite la cosa común por el acuerdo unánime de los comuneros, sino la cuota, ya sea una sola, varias, o todas ellas.

b') Pluralidad de sujetos gravados con un derecho de readquisición

La situación de comunidad puede recaer asimismo sobre los legitimados pasivamente, ya sea porque varios sujetos adquieren un bien en proindiviso directamente del propietario y este se reserva el derecho de readquirirlo, o porque el comprador con pacto de retroventa transmite el bien, también en proindiviso, a varias personas, entre vivos o por causa de muerte. La Propuesta guarda silencio sobre el tema<sup>104</sup>. El artículo 1517 del Código civil contempla el caso en que el comprador deja varios herederos, y señala que «la acción de retracto no podrá ejercitarse contra cada uno sino por su parte respectiva, ora se halle indivisa, ora se haya distribuido entre ellos. Pero si se ha dividido la herencia, y la cosa vendida se ha adjudicado a uno de los herederos, la acción de retracto podrá intentarse contra él por el todo». Conforme a dicho precepto, la doctrina considera que los diversos copropietarios no pueden imponer al retrayente que, si quiere ejercer su derecho, lo deba hacer por el todo<sup>105</sup>. En cualquier caso, lo cierto es que el retrayente, si quiere ejercer el retracto, le interesará precisamente hacerlo por la totalidad. Si por el contrario decidiese ejercitar su derecho de adquisición solamente frente a alguno de los adquirentes, ello implicaría para el resto la entrada de un extraño en una situación de comunidad<sup>106</sup>, por lo que cabría plantear, *de lege ferenda*, la necesidad de retraer por el todo.

c) El derecho de readquisición recae solamente sobre una cuota indivisa

El apartado primero del artículo 3113-19 PAPDC regula, en semejantes términos que el artículo 1513 del Código civil, el supuesto en el cual el derecho de readquisición recae no sobre todo el bien, sino solamente sobre una de las cuotas. Se trata del caso en el que existe un bien en situación

de comunidad y uno de los cotitulares enajena su cuota, reservándose el derecho de readquirirla. Si posteriormente el adquirente de la cuota gravada adquiere la totalidad del bien en virtud del ejercicio de la acción de división, puede obligar al retrayente, si este quiere hacer uso del retracto, a adquirir no solamente la cuota gravada sino la totalidad del bien. Así lo establece el artículo 3113-19.I PAPDC: «El adquirente de una cuota indivisa gravada con derecho de readquisición que adquiere el bien como consecuencia del ejercicio de la acción de división, puede obligar al readquirente a adquirir el todo, reembolsando el precio y gastos correspondientes». Se trata de una facultad que tiene el adquirente, quien puede obligar al readquirente a la adquisición de la totalidad del bien; en cambio, este no puede exigir a aquel que le transmita la totalidad del bien. Y el adquirente puede hacer uso de dicha facultad solamente en el caso en que adquiera las restantes cuotas por el ejercicio de la acción de división, no si las adquiere por otro título —por ejemplo, porque ha comprado todas cuotas—<sup>107</sup>.

El precepto no aclara las dudas que se han planteado respecto a la cantidad a reembolsar; la solución posiblemente más equitativa sería la de abonar la suma de la cantidad por la que se pactó el retracto de la cuota y el valor satisfecho a los otros comuneros para adquirir las restantes cuotas<sup>108</sup>.

### *E) Eficacia frente a terceros*

El artículo 3113-17 PAPDC, que lleva por título «Oponibilidad», establece: «El titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente, recibiendo la cosa libre de gravámenes posteriores, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe»<sup>109</sup>. El precepto contiene dos normas que hacen referencia a dos cuestiones diferentes. La primera prevé que el derecho se puede ejercitar frente a terceros, y reproduce el régimen del artículo 1510 del Código civil. La segunda se refiere a los efectos del ejercicio del derecho respecto a los gravámenes constituidos con posterioridad, y a ella nos referiremos en uno de los siguientes apartados.

La primera parte del precepto establece la eficacia real del derecho de readquisición; en tanto que la eficacia real es común al derecho de opción, sería en sede de esta donde la norma hubiera debido ubicarse. A pesar de la rúbrica del artículo («oponibilidad»), no es que el derecho sea simplemente oponible a terceros, sino que se puede ejercer directamente frente a estos terceros, como resulta de la naturaleza real del derecho. La norma salva los derechos de los terceros de buena fe; ahora bien, dado que la naturaleza real del derecho de readquisición requiere la inscripción en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles conforme al artículo 3111-3.2.b), difícilmente podrán existir terceros de buena fe.

## 5. EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE READQUISICIÓN

La Propuesta no contiene prácticamente ninguna norma específica con relación a los efectos del ejercicio del derecho de readquisición, por lo que se aplicará supletoriamente el régimen del derecho de opción (art. 3113-20 PAPDC).

### A) *La adquisición del bien: el título adquisitivo*

Conforme al artículo 3113-10.4 PAPDC, aplicable de manera supletoria en virtud de lo dispuesto en el artículo 3113-20 PAPDC, el ejercicio del derecho de readquisición «determina *la perfección del contrato* con finalidad traslativa o derecho real proyectado, sin necesidad de que el concedente deba emitir a tal efecto una nueva declaración de voluntad»<sup>110</sup>. Por tanto, el ejercicio del derecho de readquisición no resuelve la compraventa efectuada, sino que *perfecciona* un nuevo contrato traslativo del dominio. En consecuencia, el ejercicio del derecho no produce inmediatamente la adquisición de la propiedad<sup>111</sup>, sino solamente la exigibilidad de las recíprocas prestaciones, es decir, el pago del precio y la entrega del bien, entrega que será la que dará lugar a la transmisión de la propiedad, y que generalmente se producirá cuando se formalice el contrato en escritura pública<sup>112</sup>. A este respecto, el artículo 3113-10.5 PAPDC establece que «Ejercida tempestivamente la opción, el optante tiene derecho a exigir la formalización del contrato en escritura pública. Si el concedente de la opción no se aviene a otorgarlo puede ser suplido por el juez»; además, si se ha pactado de manera expresa, el optante puede estar facultado para otorgar unilateralmente la escritura, una vez acreditada la notificación de ejercicio de la opción<sup>113</sup>.

Por tanto, como señala MAS BADÍA, «En la Propuesta de Código civil se opta por un sistema en que la adquisición de la propiedad (u otro derecho real) no es automática, sino que requiere tradición». El mecanismo adquisitivo difiere del previsto en el Código civil de Cataluña, en el que el ejercicio del derecho de redimir comporta la adquisición inmediata de la propiedad por parte del vendedor redimente, sin necesidad de tradición, en tanto que el título adquisitivo no es el contrato sino el propio derecho real de adquisición. Y también difiere del sistema del Código civil español, en el que la resolución de la compraventa produce el retorno automático de la propiedad del bien al vendedor, siendo la entrega de la cosa necesaria para adquirir la posesión, no para adquirir la propiedad.

*B) La extinción de los gravámenes impuestos por el adquirente*

El segundo inciso del artículo 3113-17 PAPDC establece la regla general de que el titular del derecho de readquisición recibirá el bien libre de cargas. El precepto no añade nada nuevo respecto a lo dispuesto en el artículo 3113-13.1 PAPDC con relación al derecho de opción, que empieza diciendo que «Los derechos reales o gravámenes constituidos con posterioridad a la inscripción del derecho de opción no afectan al optante»<sup>114</sup>. El retrayente debe recibir el bien en el mismo estado —físico y jurídico— en el que se encontraba al constituir el derecho, y solamente está obligado a soportar los gravámenes que existían al constituirse la opción, no los que se constituyan posteriormente<sup>115</sup>.

La Propuesta prevé unas medidas para la protección de los derechos extinguidos, medidas que se concretan básicamente en la consignación, a disposición de los titulares de estos derechos, del precio recibido por el propietario del bien hasta donde alcance el valor del derecho extinguido. El apartado primero del artículo 3113-13 PAPDC, después de establecer la regla general de que el optante adquiere el bien libre de las cargas posteriores impuestas por el propietario, impone la obligación de consignar el precio para la cancelación registral de dichas cargas: «Los asientos mediante los que hayan accedido tales cargas al Registro de la Propiedad se cancelan siempre que se acredite la consignación del precio o contraprestación hasta el límite máximo del valor de las cargas a disposición de los titulares de las mismas, a quienes debe notificarse el ejercicio del derecho de opción así como la consignación practicada a su favor. No obstante, el optante puede elegir que las cargas subsistan con deducción de su valor del precio a satisfacer»<sup>116</sup>.

La consignación por el propietario de la contraprestación recibida constituye un requisito para la cancelación registral de las cargas posteriores. Se trata de una regla que no ha hecho más que recoger la doctrina claramente consolidada de la Dirección General de los Registros y del Notariado conforme a la cual, ejercitada la opción, el precio deberá depositarse en interés de los titulares de cargas o derechos posteriormente inscritos que quedarán cancelados<sup>117</sup>. La Propuesta ha precisado el régimen de la consignación, y ha establecido las siguientes reglas (art. 3113-13.1 y 2 PAPDC):

1.<sup>a</sup>) La cantidad a consignar viene determinada por el límite máximo del valor de las cargas.

2.<sup>a</sup>) Debe notificarse a los titulares de las cargas el ejercicio del derecho de opción y la consignación a su favor.

3.<sup>a</sup>) Del importe a consignar pueden deducirse una serie de cantidades:  
— La cuantía de la prima de la opción cuando se considere parte del precio. La norma debe entenderse en el sentido de que, aunque la prima

para constituir la opción forme parte del precio —es decir, la prima satisfecha se imputa al precio para ejercer la opción—, no deberá consignarse: la prima se habrá constituido y percibido con anterioridad al ejercicio de la opción, de manera que la consignación alcanzará únicamente a la cantidad satisfecha para el ejercicio de la opción. Ello resulta lógico siempre que en el Registro conste que la cantidad satisfecha para constituir la opción se deducirá del precio, ya que de esta manera los titulares de derechos posteriores podrán conocer la cantidad que pagará el optante y que será objeto de consignación<sup>118</sup>.

— El importe de las cargas anteriores a la propia opción y preferentes a esta asumidas o satisfechas por el optante, aun cuando este importe absorba la totalidad del precio. La justificación es la misma que en el caso anterior: si bien el importe de estas cargas viene a constituir, total o parcialmente, el importe del precio para la adquisición del bien, dado que el propietario no ha recibido estas cantidades no deberá consignarlas, más aún si se tiene en cuenta que eran preferentes al propio derecho de opción<sup>119</sup>. Se evita de esta manera, como señalan las RRDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011/3971) y de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684) «un enriquecimiento injusto a favor del titular de la carga posterior, y el correlativo perjuicio para el optante, todo ello sobre la base del precio inscrito para el ejercicio de la opción».

No existirá el deber de consignar en los siguientes casos (art. 3113-13.3 PAPDC):

1.º. Cuando los titulares de cargas posteriores a la inscripción del derecho de opción, es decir, los sujetos a quienes aprovecharía la consignación, consienten la no consignación.

2.º. Cuando dichos titulares admiten una prestación sustitutoria en lugar de la consignación del precio; ello tendría sentido cuando el derecho extinguido sea una hipoteca, caso en el que a ambas partes interesará la constitución de una nueva garantía real<sup>120</sup>.

En cambio, y conforme al apartado cuarto del artículo 3113-13, el pacto de compensar el precio con las deudas que el concedente tenga con el optante no excluye el deber de consignar<sup>121</sup>.

## V. LA DISCUTIBLE SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DE READQUISICIÓN

Como hemos podido apreciar a lo largo de este trabajo, el retracto convencional, venta con pacto de retroventa, o venta a carta de gracia, ha sido una institución con una sólida tradición en los derechos civiles españoles, como pacto agregado a un contrato de compraventa que permite al vende-

dor recuperar el bien vendido durante un cierto plazo, ya sea resolviendo la compraventa, o concluyendo un nuevo contrato. En el Código civil español, que tiene un capítulo dedicado al «retracto convencional», la sustantividad de la figura es evidente.

Sin embargo, en los cuerpos legales que contienen una regulación del derecho de opción, la autonomía del retracto convencional frente al derecho de opción ya es más discutible, ya que tanto uno como otro son derechos reales de adquisición, en los que simplemente varía la forma de constitución: mientras la opción se constituye por vía de cesión, el derecho de readquisición lo hace por vía de reserva, esto es, se transmite el dominio y el transmitente se reserva el derecho real de adquisición. Ello hace plantear la cuestión de si el retracto convencional tiene sustantividad propia, o no constituye más que una modalidad del derecho de opción. A pesar de que el paralelismo entre ambas figuras es evidente, los hechos demuestran una resistencia del Legislador a prescindir de dicha sustantividad.

#### 1. LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DE REDIMIR EN EL DERECHO CIVIL CATALÁN

El derecho civil catalán es un buen ejemplo de dicha resistencia. Los derechos de adquisición de origen voluntario, entre ellos la opción, se regularon en los artículos 19 a 35 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente (LSSDA). El artículo 23 LSSDA establecía que «Los derechos de adquisición pueden constituirse por actos entre vivos, a título oneroso o gratuito, o por causa de muerte, mediante cesión, *reserva* o división». La modalidad de reserva consiste, como su nombre indica, en que el propietario transmite la titularidad de un bien y se *reserva* el derecho de readquirirlo, que es, por tanto, lo mismo que hace el vendedor en la venta a carta de gracia: reservarse una opción de recompra. No obstante, a pesar de que la venta a carta de gracia no es más que un derecho de opción constituido por vía de reserva, la regulación de los artículos 326 a 328 CDCC se mantuvo, sin ninguna modificación ni coordinación con la LSSDA. Y dicha situación persistió tras la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, que derogó la LSSDA e incorporó parte de su contenido a los artículos 568-1 y siguientes CCCat dedicados a los derechos reales de adquisición. Ello dio lugar a repeticiones (por ejemplo, la regla general de que ambos derechos son transmisibles, artículos 326.4 CDCC y 568-9.2 CCCat), discrepancias entre ambas regulaciones (por ejemplo, en cuanto a la duración del derecho, artículos 326.1 CDCC y 568-8.1 CCCat), y lagunas, es decir, cuestiones no previstas en



una regulación y sí en la otra, lo que planteaba la duda de la aplicación de la analogía (por ejemplo, con relación a la facultad de acudir al juez de primera instancia en caso de deterioro de la cosa, facultad prevista en el artículo 327.1.III CDCC pero no en el CCCat).

Tuvo que esperarse a la derogación de la Compilación por la Ley 3/2017 —los artículos 326 a 328 CDCC eran junto a los que regulaban la rescisión por lesión (arts. 321 a 325 CDCC) los únicos que en aquel momento seguían vigentes— para que el derecho de redimir se incorporase al capítulo correspondiente del libro V dedicado a los derechos de adquisición. Para ello se planteaban varias alternativas al legislador catalán: a) trasladar los artículos 326 a 328 CDCC al Código civil de Cataluña; b) prescindir de la regulación del derecho de redimir, de manera que pasaría a regirse por el régimen de la opción; y c) coordinar ambas regulaciones, manteniendo la especificidad del derecho de redimir, y eliminando las repeticiones. Esta tercera fue la solución que finalmente se adoptó, de manera que, conforme al artículo 568-28 CCCat, el derecho de redimir «se rige por lo establecido por la presente sección [artículos 568-28 a 568-32] y, si no es de aplicación, por las normas del derecho de opción, en la medida que sean de aplicación»<sup>122</sup>. En cualquier caso, afirma DEL POZO CARRASCOSA que «el derecho de redimir no se considera como un simple pacto añadido a una compraventa, sino como formando parte de la *estructura causal* de la venta a carta de gracia. Es por ello que el CCCat dedica a este contrato una sección propia —la octava— con una denominación autónoma —*venta a carta de gracia*—, a diferencia de la condición resolutoria, que el artículo 621-54 CCCat califica como un *pacto* que se añade a la compraventa»<sup>123</sup>.

## 2. LA PROPUESTA DE LA ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

La Exposición de Motivos de la Propuesta de la Asociación de Profesores explica claramente que el derecho de readquisición es una modalidad del derecho real de opción, con ciertas especialidades<sup>124</sup>. Ahora bien, esta idea no se ha acabado de plasmar perfectamente en la Propuesta, porque las normas de los artículos 3113-16 a 3113-19 o bien son reiterativas, o son de aplicación también al derecho de opción. Así, el artículo 3113-16 relativo a la duración repite lo previsto en el artículo 3113-9.1 en el derecho de opción, al igual que la regla que establece la adquisición libre de gravámenes del inciso final del artículo 3113-17 con relación al artículo 3113-13. Y las reglas sobre oponibilidad a terceros, frutos, y comunidad de bienes (arts. 3113-17 a 3113-19) no tienen porque ser exclusivas del derecho de readquisición, por lo que su ubicación correcta sería en sede de opción.

## VI. CONCLUSIONES FINALES

Tres son las principales conclusiones que considero cabe destacar del presente estudio, que hacen referencia a la naturaleza, finalidad y sustantividad del derecho de readquisición.

I. En cuanto a la naturaleza, la Propuesta abandona la consideración del retracto convencional como una causa de resolución de la compraventa, que no es la que mejor se ajusta a la naturaleza de derecho real de la institución, en tanto que la facultad resolutoria deriva de una relación personal, la de parte en el contrato de compraventa. La Propuesta configura el derecho de readquisición como un derecho real de adquisición, lo que encaja perfectamente con su eficacia *erga omnes* y con su hipotecabilidad, pero no tanto con los efectos obligacionales derivados de su ejercicio, que simplemente da lugar a la *obligación* de concluir un nuevo contrato transmisivo, pero no produce la adquisición inmediata de la propiedad por el vendedor, al contrario de lo que sucedería si se considerase que dicho ejercicio lo que hace es resolver la compraventa.

II. No cabe augurar una frecuente utilización de la venta con pacto de retro como garantía en el ámbito inmobiliario, debido a la existencia de otras garantías típicas y plenamente consolidadas en el tráfico económico, como por ejemplo la hipoteca, en la que el bien dado en garantía permanece en poder del deudor, así como por la prohibición del pacto comisorio en el Código civil español. No obstante, conviene poner de manifiesto que la venta con pacto de retro presenta, frente a otras garantías tradicionales, la ventaja de que el no ejercicio del retracto por el vendedor/prestatario, que equivaldría a la no devolución del préstamo con la consiguiente «consolidación» de la adquisición verificada por el comprador/prestamista, permite evitar el procedimiento legal de realización del bien dado en garantía, que en ocasiones resulta lento, poco ágil y antieconómico, tanto para el acreedor como para el deudor.

III. Finalmente, y por lo que respecta a la sustantividad de la institución, si se parte de la base de que el derecho de readquisición, como otros derechos reales, puede también constituirse por vía de reserva, resulta innecesario, reiterativo y confuso distinguir entre derecho de opción y derecho de readquisición. Más si cabe si se tiene en cuenta que, constituido un derecho de readquisición, puede no haber tal readquisición por el constituyente sino una adquisición por un tercero: salvo que se haya dispuesto lo contrario en el título constitutivo, el derecho de readquisición es transmisible conforme a su naturaleza real, por lo que puede ser ejercitado por persona distinta del constituyente, de manera que queda en entredicho el argumento que justificaría la diversidad de regímenes en la idea de que debe facilitarse la recuperación más que la adquisición.

## VII. ÍNDICE DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 7 de abril de 1866
- STS de 12 de mayo de 1875
- STS de 23 de octubre de 2002 (*RJ* 2002, 9305)
- STS de 5 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8257)
- STS de 27 de enero de 2012 (*RJ* 2012, 3658)
- STS de 21 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 595)

### RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 7 de diciembre de 1978
- RDGRN de 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982, 5369)
- RDGRN de 29 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 1004)
- RDGRN de 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217)
- RDGRN de 30 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6667)
- RDGRN de 4 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7228)
- RDGRN de 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184)
- RDGRN de 11 de junio de 2002 (*RJ* 2002, 8905)
- RDGRN de 20 de mayo de 2005 (*RJ* 2005, 5378)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2009 (*RJ* 2009, 5684)
- RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971)
- RDGRN de 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272)
- RDGRN de 4 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1809)
- RDGRN de 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498)
- RDGRN de 26 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 6025)
- RDGRN de 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 6597)
- RDGRN de 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654)
- RDGRN de 31 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 3392)

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1947). La obligación de transmitir la propiedad en el contrato de compraventa. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 181, 409-500.
- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2016). Artículo 1507. En A. Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras, F. J. Orduña Moreno y R. Valpuesta Fernández (dirs). *Código civil comentado*. Vol. IV. Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

- AUBRY, Ch. y RAU, Ch. F. (1856). *Cours de droit civil français: d'après l'ouvrage allemand de C.-S. Zachariae*. T. 3. Paris: Cosse.
- BOILEUX, J.M. y PONCELET, M.F.F. (1837). *Commentaire Sur Le Code Civil*. Paris: Joubert, Libraire-Éditeur.
- BOSCH CAPDEVILA, E. (2020a). La opción en garantía. En A. Cañizares Laso (dir.). *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*. Valencia: Tirant lo Blanch, 253-283.
- (2020b). Precontrato de opción y derecho real de opción. *Revista de Derecho Civil*. Vol. 7, núm. 4, 51-98.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A. (1993). Artículo 1506. *Comentario del Código civil*. T. 2. Madrid: Ministerio de Justicia.
- CASTRENSIS, P. (1596). In *Secundam Partem Digesti Veteris*. Venetiis: Apud Iuntas.
- CLEMENTE DE DIEGO, F. (1919). *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*. Tomo 4. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- DE BARRÓN ARNICHEs, P. (2021). La opción de compra en garantía y el pacto comisorio. En E. Bosch Capdevila, M.P. Sánchez González, P. de Barrón Arniches y M.A. Blandino Garrido (coords.). *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 187-219.
- DE BROCÁ Y MONTAGUT, G. M.<sup>a</sup> y AMELL Y LLOPIS, J. (1886). *Instituciones del derecho civil catalán vigente*. T. 2. Barcelona: Imprenta Barcelonesa.
- DEL POZO CARRASCOSA, P. (1993). *La venda a carta de gràcia en el dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia.
- (2021). El derecho de redimir en la venta a carta de gracia. En E. Bosch Capdevila, M.P. Sánchez González, P. de Barrón Arniches y M.A. Blandino Garrido (coords.). *Los derechos de adquisición*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 251-274.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. y BOSCH CAPDEVILA, E. (2018). *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*. Madrid, Barcelona: Marcial Pons.
- DEL VISO, S. (1857). *Lecciones elementales de Historia y de Derecho Civil, Mercantil y Penal de España*, Parte segunda del Derecho Civil, Tratado tercero. Valencia: Imprenta de D. José Mateu Garín.
- DEMANTE, A.M. (1887). *Cours analytique de Code civil*. T. 7. Paris: G. Thorel.
- DÍEZ SOTO, C.M. (2013). Artículos 1507 y 1518. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (dir.). *Comentarios al Código civil*. T. VIII. Valencia: Tirant lo Blanch, 10663-10683 y 10704-10717.
- DOMAT, J. (1777). *Les Loix civiles dans leur ordre naturel; le droit public et Legum delectus*. T. 1. Paris: Le Clerc.
- DURAN Y BAS, M. (1883). *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona: Imprenta de la Casa de Caridad.
- GALINDO Y DE VERA, L., y DE LA ESCOSURA Y ESCOSURA, R. (1884). *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. T. 4. Madrid: Imprenta de Felipe Pinto.
- (1896). *Comentarios a la legislación hipotecaria de España y Ultramar*. T. 3. Madrid: Establecimiento tipográfico de Felipe Pinto y Orovio.
- GARCÍA CANTERO, G. (1991). Artículos 1506 a 1520. *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*. T. XIX. Madrid: EDERSA.

- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfico-Editorial.
- GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M. (1851). *Elementos del derecho civil y penal de España*. T. 2. Madrid: Imprenta de la Compañía de Impresores y Libreros del Reino.
- GOMEZ, A. (1674). *Variarum resolutionum iuris civilis, communis et regii*. T. 2, De Contractibus, De Emptione & Venditione. Lugduni: Ex Typographia Michaelis Goy.
- GOROSABEL, P. (1832). *Redacción del Código civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación*. Tolosa: Imprenta de la Viuda de la Lama.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1993). Artículo 1859. En *Comentario del Código civil*. T. 2. Madrid: Ministerio de Justicia.
- (2004). Artículo 107 LH. *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. VII, vol. 6.º. Madrid: EDERSA.
- LAURENT, F. (1877). *Principes de droit civil francais*. Bruxelles: Bruylant-Christophe y Paris: A. Durand et Pedone-Lauriel.
- MANRESA Y NAVARRO, J. M.ª. (1919). *Comentarios al Código civil español*, t. X, Madrid: Editorial Reus.
- MAS BADÍA, D. (2020). Los derechos reales de adquisición de constitución voluntaria: una propuesta de regulación sistemática en el Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 777, 127-191.
- PARRA LUCÁN, M.ª A. (2012). La función de garantía del *leasing* financiero mobiliario. En M.ª E. Lauroba Lacasa (dir.), *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons, 177-207.
- POTHIER, R.J. (1772). *Traité du contrat de vente, selon les regles tant du for de la conscience, que du for extérieur*. T. 1. Paris / Orleans.
- RIVERA SABATÉS, V. (2001). *El retracto convencional*. Granada: Editorial Comares.
- ROCA SASTRE, R.M.ª (1968). *Derecho Hipotecario*. T. IV. Barcelona: Bosch Casa Editorial.
- RUBIO TORRANO, E. (1993). Artículo 1507. *Comentario del Código civil*. T. 2. Madrid: Ministerio de Justicia.
- (2020). Leyes 475 a 480. En E. Rubio Torrano y M.L. Arcos Vieira (dirs.). *Comentarios al Fuero Nuevo*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 1994-2005.
- SALA, J. (1820). *Ilustración del derecho real de España*. T. 1. Madrid: Oficina de José del Collado.
- SANPONS Y BARBA, I., MARTÍ DE EIXALÁ, R. y FERRER Y SUBIRANA, J. (1843). *Las siete partidas del sabio rey Alfonso el IX*. T. III, Barcelona: Imprenta de Antonio Bergnes y C.ª.
- TIRAQUELLI, A. (1571). *De utroque retractu municipali, et conventionali*. Lugduni: Apud Guliel. Rovillium.
- TROPLONG, R. Th. (1845). *De la vente, ou Commentaire du titre VI du livre III du Code civil*. T. 2. Paris: C. Hingray.
- VALVERDE Y VALVERDE, C. (1913). *Tratado de Derecho Civil Español*. T. 3. Valladolid-Madrid: Casa Editorial Cuesta.

## NOTAS

<sup>1</sup> En el Código civil español la obligación de transmitir el dominio no aparece expresamente establecida en el artículo 1445, conforme al cual «Por el contrato de compra y venta uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada [...]», lo que ha generado un debate en la doctrina acerca de si la compraventa obliga o no a la transmisión de la propiedad, siendo predominante la opinión negativa. MANRESA (1919, 27) afirma que «[...] la compraventa en nuestro derecho ni siquiera puede decirse que produzca la obligación de transmitir el dominio, sino únicamente la posesión de la cosa». Esta es la opinión más extendida en la doctrina española, ante la falta de una norma que imponga tal obligación. En cambio, la obligación por parte del comprador de transmitir la propiedad del bien sí la establece el artículo 531-1.1 de la Propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho Civil: «La compraventa es el contrato en virtud del cual el vendedor se obliga a transmitir la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho al comprador [...]»; también el artículo 621-1 CCCat: «La compraventa es el contrato por el cual el vendedor se obliga a entregar un bien conforme al contrato y a transmitir la titularidad [...]».

<sup>2</sup> La ley 575 define el contrato de venta con pacto de retro como el contrato por el cual «el vendedor se reserva el derecho real de recuperar la cosa vendida mediante el reintegro del precio recibido, los gastos de legítimo abono y las impensas necesarias y útiles»; se configura como un tipo contractual distinto de la compraventa, a la que se incorpora un pacto. Véase RUBIO TORRANO (2020, 2405-2419).

<sup>3</sup> La Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña dedicaba los artículos 326 a 328 a la denominada «venta a carta de gràcia», que regulaban «el derecho de redimir que el vendedor se reserva para adquirir lo vendido por el precio mismo de la venta»; esta regulación siguió vigente hasta la aprobación del libro sexto del Código civil de Cataluña por Ley 3/2017, de 15 de febrero, que añadió al capítulo VIII del libro quinto dedicado a los derechos de adquisición una sección quinta relativa al «derecho de redimir en la venta a carta de gracia» (arts. 568-28 a 568-32 CCCat).

<sup>4</sup> MAS BADÍA (2020, 167).

<sup>5</sup> Señala DEL POZO CARRASCOSA (1993, 17 y sigs.) que desde inicios del siglo XI se practicaba la venta con pacto de retro en el Norte de Italia y en Lombardía, con una función de garantía similar a la de la prenda; se utilizaba en garantía de un préstamo. La venta con pacto de retro podía contener un negocio crediticio con garantía real, en el cual el precio satisfecho equivaldría al capital del préstamo, desempeñando la cosa vendida una función de garantía; cierto es que el comprador o prestamista no podría exigir la devolución del préstamo —ello quedaría en manos del vendedor, que se reserva el derecho de redimir—, pero si, transcurrido el plazo fijado, el derecho de redimir no se ejercitaba, el comprador —prestamista— hacia definitivamente suya la cosa comprada.

<sup>6</sup> MANRESA (1919, 308).

<sup>7</sup> En cambio, la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, que no prohíbe el pacto comisorio, admite y regula expresamente la venta con pacto de retro como garantía. La ley 475 establece que «El cumplimiento de una obligación dineraria puede garantizarse mediante venta con pacto de retro o a carta de gracia, reservándose el deudor el derecho a retraer la cosa vendida al satisfacer o extinguir la obligación». Ahora bien, dicha venta no produce una transmisión firme de la propiedad, sino que RUBIO TORRANO la califica como un negocio fiduciario. La ley 476 dispone que «En la venta con pacto de retro como garantía se presumirá, salvo pacto en contrario, que el vendedor tiene derecho a la posesión y disfrute de la cosa y está obligado al pago de los gastos, seguros y contribuciones por razón de la misma». Y conforme a la ley 477, tras la redacción dada por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo, «El simple transcurso del plazo de la obligación garantizada no hará firme la adquisición de propiedad por el

acreedor, sino que esta solo tendrá lugar una vez cumplido el término de un mes y un día, o el plazo mayor previsto en el contrato, a contar del requerimiento fehaciente que el acreedor hiciera al deudor para exigir el cumplimiento de la obligación. Lo previsto en esta ley se observará aunque nada se hubiese establecido en el contrato o se hubiese pactado lo contrario. Quedarán siempre a salvo cualesquiera pactos más favorables para el deudor». Es de destacar que, conforme a la ley 478, «La adquisición firme conforme a la Ley anterior no podrá ser rescindida a causa de lesión en el precio». Véase RUBIO TORRANO (2020, 1994-2005).

<sup>8</sup> Un sector de la doctrina admite la fijación de un precio inferior o superior al de venta, siempre que ello no implique un negocio usurario; véase DÍEZ SOTO (2013, 10704-10717). En el Código civil de Cataluña, el artículo 568-31.a) prevé expresamente que el precio fijado para la redención puede ser diferente del precio de venta.

<sup>9</sup> Véase BOSCH CAPDEVILA (2020a, 253-283).

<sup>10</sup> Entre la doctrina más reciente al respecto, véase DE BARRON ARNICHES (2021, 187-219).

<sup>11</sup> La doctrina admite el pacto en virtud del cual, «vencida e impagada la obligación, se faculta al acreedor para adjudicarse la cosa gravada en pago, estimada en su verdadero valor, fijado con arreglo a criterios objetivos, de manera que la deuda se compense en la parte concurrente y el acreedor satisfaga al deudor el exceso que, sobre el importe de esta, represente la valoración establecida»; véase GUILARTE ZAPATERO (1993, 1865).

<sup>12</sup> La STS de 21 de febrero de 2017 señala como uno de los presupuestos que caracterizan la prohibición «que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor».

<sup>13</sup> Así, el apartado primero del artículo 3121-5 PAPDC dice que «es nula la estipulación en que se establezca la apropiación del acreedor de la cosa dada en garantía a cambio de la extinción del crédito *cuando exista riesgo de desproporción entre su valor y el importe de la obligación garantizada*». Y el apartado segundo sigue diciendo que «Ante el incumplimiento de la obligación garantizada no incurren en esta prohibición los siguientes pactos de apropiación de la cosa dada en garantía por el acreedor: a) Cuando resulten desvinculados de la financiación del deudor. b) Cuando la valoración del bien dado en garantía se haya realizado conforme a criterios objetivos, salvo si se trata de la vivienda habitual del deudor o de un tercero. c) Cuando el derecho real de garantía tiene por objeto dinero u otros bienes o derechos de liquidez semejante».

<sup>14</sup> Véase PARRA LUCÁN (2012, 177-207).

<sup>15</sup> Véase RIVERA SABATÉS (2001, 90 y sigs.).

<sup>16</sup> El País, 17.9.2020: «El Real Madrid va a traspasar Sergio Reguilón al Tottenham a cambio de 30 millones de euros y una opción de recompra, cuyo precio *ronda* los 40 millones para las dos próximas temporadas». Mundo Deportivo 16.7.2019: «El FC Barcelona ha ejercido la opción de recompra de Marc Cucurella que la temporada pasada jugó cedido en el Eibar. El club vasco compró al joven catalán, de 21 años, por 2 millones de euros antes del 30 de junio, pero el Barça tenía la posibilidad de repescarlo por 4 ‘kilos’, cantidad que ha abonado al conjunto de Ipurua».

<sup>17</sup> MANRESA (1919, 310).

<sup>18</sup> Una detallada exposición de las opiniones de la doctrina clásica puede verse en DEL POZO CARRASCOSA (1993, 78 y sigs.).

<sup>19</sup> «*Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem. sed et ipse debitor aut vindicare rem poterit aut in factum actione adversus emptorem agere*».

<sup>20</sup> PAULI CASTRENSIS (1596); véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 80-88).

<sup>21</sup> DEL POZO CARRASCOSA (1993, 90-93).



<sup>22</sup> En este sentido, TIRAQUELLUS (1571, 672) afirma que, «*sunt igitur, qui tenent contrariam sententiam, scilicet ex hoc pacto revenditionis non transferri dominium ipso iure, oblato pretio sine nova traditione: nec rei vendicationem competere: nec rem á tertio possessore vendicari posse*».

<sup>23</sup> DEL POZO CARRASCOSA (1993, 96-97).

<sup>24</sup> Véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 98-105).

<sup>25</sup> ANTONII GOMESII (1674, 188-189): «*[...] si talis emptor, quia emit rem cum pacto de retrovendendo, vendidit eam alteri, an venditor possi virtute pacti eam repetere ab illo tertio possessore? Et brevier dico, quod non: quia actio personalis activè, vel passivè, respectu rei non transit ad particularem successorem [...]*».

<sup>26</sup> BROCÁ- AMELL (1886, 187) afirman, con cita de FONTANELLA, CÁNCER Y CORTIADA, que conforme a la costumbre, la doctrina de los autores y la jurisprudencia, el derecho de redimir compete frente a terceros, si bien «es indispensable que conste en las inscripciones del Registro de la Propiedad».

<sup>27</sup> DEL POZO CARRASCOSA (1993, 106-107).

<sup>28</sup> Que señala en la Memòria que el derecho puede ejercerse frente a terceros, y que se ha considerado «á manera de un derecho real», que «no transmite al comprador sino derechos interinos», y que para ejercer el derecho de recuperar la finca en juicio «debe utilizarse la acción reivindicatoria útil» (DURAN I BAS, 1883, 151).

<sup>29</sup> El artículo 192 del Proyecto de Compilación de 1930 establecía: «En las ventas a carta de gracia, o sea aquellas en que el vendedor se reserva el *derecho real* que le permite readquirir la cosa por el mismo precio de la venta [...]; y el artículo 536 del Proyecto de 1955 empezaba diciendo que «En las ventas a carta de gracia de bienes muebles o inmuebles, el derecho de redimir que el vendedor se reserva para adquirir lo vendido por el precio mismo de la venta, tiene carácter de *derecho real* [...]».

<sup>30</sup> Véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 171-172).

<sup>31</sup> Del pleyto que pone el vendedor con el comprador que él ó los sus herederos puedan cobrar la cosa tornándole el rescio, que debe seer guardado: «Por cierto rescio vendiendo un home á otro alguna cosa poniendo entre sí tal pleyto en la vendita que quando quier quel vendedor ó sus herederos tornasen el rescio al comprador ó á los suyos, que fuesen tenudos de tornarle aquella cosa que así vendiesen, decimos que si tal pleyto fuese puesto en la vëndida, que debe seer guardado, et si el comprador ó sus herederos non quisiesen guardar el pleyto nin tornar la cosa, así como es sobre dicho, si pena fuese puesta en el pleyto débenla pechar. Et si el vendedor ó sus herederos quisieren rescibir la pena débense partir de la cosa vendida, fueras ende si en el pleyto fue puesto que tornasen la cosa et pechasen la pena; et si pena non fue puesta en el pleyto, entonces el comprador es tenuto de tornar la cosa en todas guisas si es en su poder, et si en su poder non es, debe pechar el vendedor todos los daños et los menoscabos quel venieron porque non cobró aquella cosa quela si habie vendida».

<sup>32</sup> GÓMEZ DE LA SERNA-MONTALBÁN (1851, 221), siguiendo la opinión de Gregorio LÓPEZ, afirmaban tajantemente que «En virtud de esta obligación solo puede reconvenirse al comprador y á sus sucesores, y nunca al tercer poseedor, porque la acción que nace de ella, como todas las personales, solo se da contra el que está obligado. Si el comprador no cumpliese con el pacto, deberá resarcir los perjuicios que ocasiona»; en el mismo sentido, Salvador DEL VISO (1857, 324), con cita de Antonio GÓMEZ, señalaba que «las acciones personales no pueden dirigirse sino contra aquel con quien se ha contratado; y si la hubiera vendido no habiéndosele prohibido con la cláusula expresada, está tenido á la satisfacción de daños y perjuicios». Véase también SANPONS / MARTÍ DE EIXALÁ / FERRER Y SUBIRANA (1843, 97-98).

<sup>33</sup> SALA (1820, 287).

<sup>34</sup> DEL POZO CARRASCOSA (1993, 113 y sigs.).

<sup>35</sup> SALA (1820, 289).

<sup>36</sup> SALA (1820, 289).



<sup>37</sup> Respecto a la doctrina anterior al Code, puede verse DOMAT (1777, 57-58), quien define «La faculté de rachat» como el «pacte par lequel il est convenu que le vendeur aura la liberté de reprendre la chose vendue, en rendant le prix à l'acheteur».

<sup>38</sup> El artículo 1658 estableció que «Indépendamment des causes de nullité ou de résolution déjà expliquées dans ce titre, et de celles qui sont communes à toutes les conventions, le contrat de vente peut être résolu par l'exercice de la faculté de rachat et par la vileté du prix»; respecto al pacto de retroventa en el derecho civil francés, véase LAURENT (1877, 367-411). Un resumen de la doctrina francesa puede verse asimismo en DEL POZO CARRASCOSA (1993, 115-124).

<sup>39</sup> Ya POTHIER (1772, 402) había afirmado que «[...] le réméré n'est pas proprement une nouvelle vente que l'acheteur fait au vendeur, mais une simple résolution de la vente qui a été faite; la clause de réméré est une clause résolutoire sous laquelle la vente a été faite, & par laquelle il a été convenu qu'il seroit au pouvoir du vendeur de refondre le contrat; le réméré est *distractus potius quam novus contractus, & chacun en conséquence doit reprendre de part & d'autre ce qu'il a donné*».

<sup>40</sup> LAURENT (1877, 369) señala que «Tous les auteurs remarquent que le terme de rachat ou de réméré est inexact. Il suppose que le vendeur rachète la chose, ce qui constituerait une seconde vente; tandis que l'exercice de la faculté de rachat opère la résolution de la vente, et la vente résolue est censée n'avoir jamais existé. Que tel soit le caractère du rachat, cela n'est pas douteux, puisque la loi le dit». En el mismo sentido, BOILEIX-PONCELET (1837, 294) afirman que «Le réméré n'est pas une nouvelle vente, mais une dissolution delà vente qui a été faite»; también AUBRY-RAU (1856, 297) consideran que: «Les expressions usitées de pacte de rachat ou de réméré manquent d'exactitude: elles supposent que l'exercice de la faculté réservée au vendeur donne lieu à une nouvelle vente, dans laquelle le vendeur primitif figure, à son tour, comme acheteur, tandis que cette faculté ne forme qu'une condition résolutoire, dont l'accomplissement replace les parties dans le même état où elles se trouvaient avant la vente».

<sup>41</sup> LAURENT (1867, 370).

<sup>42</sup> LAURENT (1867, 400) señala que «L'acquéreur à rachat n'est pas un propriétaire ayant un pouvoir absolu sur la chose; il n'a pas le droit d'abuser, car il est débiteur sous condition suspensive; il doit donc, comme tout débiteur d'un corps certain, conserver la chose avec les soins d'un bon père de famille; s'il ne remplit pas cette obligation, il doit les dommages-intérêts au vendeur».

<sup>43</sup> Establece dicho precepto que «Ceux qui n'ont sur l'immeuble qu'un droit suspendu par une condition, ou résoluble dans certains cas, ou sujet à rescision, ne peuvent consentir qu'une hypothèque soumise aux mêmes conditions ou à la même rescision».

<sup>44</sup> Afirma LAURENT (1867, 380) que «La condition résolutoire implique une condition suspensive; toute condition, en réalité, est suspensive; dans le contrat fait sous condition suspensive, l'existence, ou du moins les effets du contrat sont suspendus; dans le contrat fait sous condition résolutoire, c'est la résolution qui est suspendue. Il suit de là que si le contrat a pour objet la translation de la propriété, l'acquéreur devient propriétaire sous la condition suspensive de restitution, il est donc débiteur de la chose sous condition suspensive; d'où la conséquence que le vendeur est créancier sous cette même condition, c'est-à-dire qu'il a un droit conditionnel sur la chose si la condition résolutoire s'accomplit. Ce droit conditionnel est une propriété conditionnelle; étant propriétaire conditionnel, le vendeur peut faire des actes de disposition, aliéner, hypothéquer; bien entendu que ces actes seront affectés de la même condition; l'aliénation, l'hypothèque n'existeront que si la condition suspensive se réalise; tandis que si elle défailloit, tous ces actes viennent à tomber». En el mismo sentido, AUBRY-RAU (1856, 293) dicen que: «Le vendeur, de son côté, jouit, jusqu'à l'expiration du délai de retrait, d'un droit éventuel de propriété, dont la réalisation est subordonnée à l'exercice de cette faculté. Il peut, à moins de convention contraire, céder à un tiers le droit qui lui compete. Il peut aussi conditionnellement aliéner la chose vendue, ou la grever de servitudes et d'hypothèques».

<sup>45</sup> DEMANTE (1887, 137) señala que «Le vendeur tient du contrat deux droits: un droit de créance contre l'acheteur, un droit de propriété, sous la condition suspensive d'exercer le réméré. Il a par conséquent deux actions: l'action personnelle et l'action réelle. Par cette dernière action, il peut agir même contre les tiers détenteurs». POTHIER (1772, 382-383) por su parte calificaba la acción como personal y real, personal porque surge de una obligación que el comprador ha contraído con el vendedor mediante la cláusula de recompra, que forma parte del contrato de compraventa, y real por su particular objeto: «Du droit de réméré naît l'action de réméré. Cette action est une branche de l'action personnelle *ex vendito*; car elle naît d'une obligation que l'acheteur a contractée envers le vendeur par la clause de réméré, qui faifoit partie du contrat de vente; & par conséquent elle naît du contrat de vente. *Cette action est personnelle réelle, & peut se donner contre les tiers détenteurs de l'héritage vendu sous cette condition; car l'héritage est affecté à l'exécution de l'obligation que l'acheteur a contractée par la clause de réméré, insérée au contrat de vente, de rendre cet héritage au vendeur, lorsque le vendeur jugera à propos d'exercer le réméré; le vendeur n'ayant aliéné son héritage que sous les clauses & conditions de son contrat, l'a affecté en l'alienant à l'exécution de cette clause*». TROPLONG (1845, 193-194) habla de una acción personal *in rem scripta*: «Le droit de réméré est donc un droit plus fort qu'un simple droit à la chose. Il est de la nature de ceux qu'on appelle *personalia in rem scripta* et qui tiennent la chose sous leur joug et ne permettent pas qu'elle leur échappe».

<sup>46</sup> Conforme al artículo 1664, «Le vendeur à pacte de rachat peut exercer son action contre un second acquéreur, quand même la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans le second contrat».

<sup>47</sup> GOROSABEL (1832).

<sup>48</sup> Lo mismo establecía el citado artículo 1664 del Código civil francés. GARCÍA GOYENA (1852, 416-417), afirma que el artículo 1439 resuelve la cuestión de si la acción del vendedor es meramente personal, o personal y real, de modo que pueda ejercerse contra el tercer poseedor de la cosa; señala que, conforme a la regla *Solutio iure dantis, solvitur ius accipientis*, «ninguno puede pasar a otro mas derecho del que el mismo tiene; ni debo ser de mejor condición de aquel de quien derivo mi derecho [...]».

<sup>49</sup> Señala MANRESA (1919, 325) que si bien para la jurisprudencia anterior al Código civil (STS de 7 de abril de 1866) y conforme a lo dispuesto en la ley 42, título 5 de la Partida 5.<sup>a</sup> la acción de retracto era personal, la STS de 12 de mayo de 1875, aunque confirmó dicho carácter personal, declaró que puede convertirse en mixta si se anota en el Registro de la Propiedad.

<sup>50</sup> Señala MANRESA (1919, 325): «¿Quién se decidiría a usar el pacto de retro si supiera que con una enajenación hecha por el comprador quedaba perdido todo derecho a la cosa y solo subsistiría la acción contra el que la compró para que indemnizase los daños y perjuicios? ¿Puede esta indemnización llegar a compensar la pérdida de la cosa?»

<sup>51</sup> «Ahora bien: este derecho [el derecho de recuperar la cosa que se reservó el vendedor] es algo real y positivo que está en el comercio de los hombres. Así lo ha reconocido la ley Hipotecaria (párrafo 9.º del artículo 107), que ese derecho puede hipotecarse [...]»; MANRESA (1919, 316-317).

<sup>52</sup> Por ejemplo, en la página 307, al hablar de la naturaleza del pacto de retro, afirma que «implica una condición de las llamadas resolutorias, puesto que el hecho de cumplir el vendedor las obligaciones expresadas, resuelve la compra y venta. Es además una condición expresa, porque del pacto recibe únicamente su fuerza; potestativa, porque depende de la voluntad del vendedor, y que consiste en hacer, porque actos positivos son los que tiene que realizar el que enajenó si ha de readquirir la cosa»; véase también las páginas 315 y 351.

<sup>53</sup> DEL POZO CARRASCOSA (1993, 130 y sigs.) resume la doctrina de los primeros comentaristas del Código civil español, y afirma que el retracto convencional es *un derecho con eficacia real cuyo mecanismo de ejercicio es el cumplimiento de una condición resolutoria potestativa*, afirmación que sustenta de la siguiente manera:

1.—El retracto convencional es un derecho, como lo califican, entre otros, los artículos 1507, 1508, 1514, 1516 o 1518.

2.—Tiene eficacia real, como se deduce del artículo 1520 del Código civil.

3.—El mecanismo de ejercicio del derecho es el cumplimiento de una condición resolutoria potestativa, cuya realización dependerá de la voluntad del vendedor y del cumplimiento de una serie de requisitos, básicamente reembolsar el precio de la venta y una serie de gastos (art. 1519 CC). Así se deduce de la presentación del retracto convencional como una causa de resolución de la compraventa, y tiene como consecuencia la eficacia retroactiva de la resolución.

<sup>54</sup> VALVERDE (1913, 384) afirma que «el vendedor no enajena para siempre la cosa, pues lo hace bajo condición suspensiva, y á su vez, el comprador no adquiere el dominio de modo irrevocable, sino pendiente de condición resolutoria»; véase también CLEMENTE DE DIEGO (1919, 440).

<sup>55</sup> Sin embargo, este principio general tenía excepciones, de manera que la hipoteca de los bienes sujetos a condición resolutoria era posible en dos casos: cuando se contaba con el consentimiento expreso de aquel a quien pudiese aprovechar el cumplimiento de la condición resolutoria, y cuando el cumplimiento de la condición dependiera exclusivamente de la voluntad del poseedor de los bienes.

<sup>56</sup> Véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 142 y sigs.).

<sup>57</sup> El artículo 107-9.º de la Ley Hipotecaria establecía que podían hipotecarse: «Los bienes vendidos con pacto de retroventa o a carta de gracia, si el comprador o su causahabiente limita la hipoteca a la cantidad que deba recibir en caso de resolución de la venta, dándose conocimiento del contrato al vendedor, a fin de que si se retrajeran los bienes antes de cancelarse la hipoteca, no devuelva el precio sin conocimiento del acreedor, a no proceder para ello precepto judicial, o si el vendedor o su causa-habiente hipoteca lo que valgan los bienes más lo que deba percibir el comprador si se resolviese la venta; pero en este caso el acreedor no podrá repetir contra los bienes hipotecados, sin retraerlos previamente en nombre del deudor en el tiempo en que este tenga derecho y anticipando la cantidad que para ello fuere necesaria»; véase con detalle DEL POZO CARRASCOSA (1993, 153 y sigs.).

<sup>58</sup> GALINDO / ESCOSURA (1884, 83).

<sup>59</sup> GALINDO / ESCOSURA (1896, 190).

<sup>60</sup> Señala ROCA SASTRE (1968, 444) que ello implica una adecuación de la legislación hipotecaria al artículo 1510 del Código civil, que considera el derecho de retraer como un derecho real. Sin embargo, como hemos afirmado, a pesar de que los artículos 1507 y siguientes hablen continuamente del «derecho» del vendedor (1507, 1508, 1514, 1516, 1518; no obstante, los artículos 1510 y 1517 hablan de «acción»), tal afirmación es discutible.

<sup>61</sup> Véase, entre otros, CABANILLAS SÁNCHEZ (1993, 988-989), RUBIO TORRANO (1993, 990), ARANDA RODRÍGUEZ (2016, 256 y sigs.); GARCÍA CANTERO (1991, 555).

<sup>62</sup> GARCÍA CANTERO (1991, 555) señala que el retracto convencional consiste en «una opción real sobre la cosa vendida»; DIEZ SOTO (2003, 140) entiende que «el Código civil (arts. 1510 y 1520) configura inequívocamente el retracto convencional como un derecho de naturaleza real, dotado de eficacia *erga omnes*, sin perjuicio de que su oponibilidad frente a tales terceros pueda quedar supeditada a la correspondiente publicidad registral (art. 37.2.1.º LH)». Véase también ARANDA RODRÍGUEZ (2016, 257).

<sup>63</sup> Aunque es cierto que se extingue el gravamen que pesaba sobre la propiedad gravada, no lo es menos que dicha extinción supone la extinción del derecho de propiedad sobre el bien.

<sup>64</sup> Véase el apartado V.1.

<sup>65</sup> Véase el apartado III.3.B.

<sup>66</sup> En el Código civil de Cataluña, además de las normas específicas del derecho de redimir (arts. 568-28 a 568-32) se aplican las disposiciones generales de los derechos de adquisición (arts. 568-1 a 568-7) y las normas del derecho de opción (arts. 568-8 a 568-12).

<sup>67</sup> Con respecto a las distintas consecuencias de configurar un derecho de opción con naturaleza real o con naturaleza personal, véase BOSCH CAPDEVILA (2020b, 51-98).

<sup>68</sup> El artículo 3113-1.2.f) PAPDC añade que «Adicionalmente las partes pueden señalar una dirección electrónica para la práctica de las citadas notificaciones siempre que se garantice la autenticidad de la comunicación y de su contenido, y quede constancia fehaciente del envío y recepción, y del momento en que se hizo».

<sup>69</sup> Dispone el apartado tercero del artículo 3113-9 PAPDC que si «el derecho de opción se constituye como anejo a un arrendamiento, superficie, hipoteca u otro derecho inscribible en el Registro de la Propiedad, su duración puede alcanzar, sin excederla, la totalidad de la de este, con las prórrogas correspondientes». Entiendo que la norma es aplicable también al derecho de readquisición, por la citada remisión y además por existir identidad de razón; las dudas vienen porque, fijándose una regla específica en materia de duración (el artículo 3113-19 PAPDC), solamente se reitera en este artículo el plazo máximo pero no las restantes reglas del artículo 3113-9 PAPDC.

<sup>70</sup> Establece dicho precepto que «La duración del derecho de redimir es la pactada, pero no puede superar los veinte años si el bien vendido es un inmueble, o los tres años si es un bien mueble. En el caso de inmuebles, el plazo del derecho de redimir puede fijarse por la vida de una o dos personas determinadas existentes en el momento de suscribirse el contrato». En la Compilación de 1960 el plazo era aún superior: treinta años o la vida del vendedor y, tras la reforma de 1991, treinta años para los inmuebles o durante la vida de una o dos personas existentes en el momento de suscribir el contrato, y seis para los muebles.

<sup>71</sup> El Código civil de Cataluña, a diferencia del Código civil español, no prohíbe explícitamente el pacto comisorio; véase sin embargo DEL POZO / VAQUER / BOSCH (2018, 530 y sigs).

<sup>72</sup> Véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 176-185).

<sup>73</sup> Véase el apartado IV.4.C.b.b'.

<sup>74</sup> En el mismo sentido el artículo 568-10.2 CCCat.

<sup>75</sup> Como decimos, el artículo 569-33.4 CCCat va más lejos, en tanto que no habla solamente de comunicar, sino de consignar: «Los compradores pueden hipotecar la finca gravada con el derecho de redención. En este caso, el ejercicio del derecho de redención, que debe comunicarse fehacientemente a los acreedores hipotecarios, comporta la recuperación de la finca vendida libre de la hipoteca, aunque el precio de la redención queda sujeto al pago del crédito hipotecario y es preciso acreditar que se ha consignado notarial o judicialmente a favor de los acreedores hipotecarios y, si procede, de terceras personas titulares de derechos sobre la finca gravada para poder inscribir la cancelación de la hipoteca».

<sup>76</sup> En cambio, el CCCat prevé la doble posibilidad de que el acreedor hipotecario ejecute el mismo derecho de opción, o ejecute la finca sobre la que recae este derecho; el artículo 569-33.2 CCCat establece que «Los acreedores hipotecarios, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, pueden ejecutar directamente el derecho de redención».

<sup>77</sup> Véase GUILARTE ZAPATERO (2004).

<sup>78</sup> Como hemos señalado en el apartado V.1, la letra f) del número 2 del artículo 3113-1 PAPDC establece que el título constitutivo, a los efectos de las notificaciones preceptivas, debe contener el domicilio del concedente de la opción, y las partes pueden señalar una dirección electrónica.

<sup>79</sup> La remisión la justifica MAS BADÍA (2020, 168) de la siguiente manera: «Ello obedece a que el derecho de readquisición implica la existencia de una previa transmisión efectuada por quien se reserva la posibilidad de recuperar el bien, transmisión que si

fue mediante precio determina el que habrá de pagar el readquirente para recuperar la propiedad del bien (o derecho real que en su día transmitió) y si es a título gratuito (lo que es posible en la Propuesta), se regirá por las reglas ya expuestas en relación con los derechos de adquisición preferente de constitución voluntaria».

<sup>80</sup> Por otra parte, téngase en cuenta que se invierte el sistema de remisión del Código civil, que no es en el capítulo de los derechos de adquisición preferente de origen legal, sino en sede de retracto convencional, el marco en el que se regulan los requisitos para el ejercicio del derecho (art. 1518), y el artículo 1525 Código civil, en sede de retracto legal remite a lo dispuesto para el retracto convencional.

<sup>81</sup> Véase DÍEZ SOTO (2013, 10704-10717).

<sup>82</sup> El artículo 568-31.a) CCCat establece que «Para obtener la redención, el redimente debe pagar al titular de la propiedad gravada: a) El precio fijado para la redención en el momento de la venta, que puede ser diferente del precio de esta. Si no se fija expresamente ningún precio para la redención, se entiende que este es el mismo de la venta, calculado en dinero constante desde la fecha de la venta»; se trata de una regla que no se encontraba en la redacción originaria de la Compilación, sino que fue introducida por la Ley 29/1991; véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 247-249).

<sup>83</sup> Véase la nota 80.

<sup>84</sup> Se establece el mismo régimen que el previsto en el artículo 323-9 PAPDC en materia de posesión: «Ningún poseedor tiene derecho al reembolso de los gastos suntuarios realizados en la cosa. No obstante, el poseedor de buena fe tiene derecho a llevarse los adornos con que haya embellecido la cosa si esta no sufre deterioro».

<sup>85</sup> El artículo 568-31.d) CCCat dispone que el redimente debe pagar «Los gastos útiles, estimados en el aumento de valor que por estos haya experimentado la cosa en el momento de la redención, los cuales no pueden exceder del precio de coste ni, en ningún caso, el 25% del precio fijado para la redención».

<sup>86</sup> El ánimo de fraude podría apreciarse, por ejemplo, si faltando poco tiempo para la expiración del plazo para el ejercicio del retracto, se hiciese una elevada inversión.

<sup>87</sup> En el fondo, se trata de una regla equivalente a la del citado artículo 568-31.d) CCCat, que viene a establecer que, con el límite del 25%, el vendedor pagará el precio de coste si este es inferior al aumento de valor experimentado por los bienes.

<sup>88</sup> Norma idéntica por otra parte a la del artículo 568-10.3 CCCat también con relación al derecho de opción.

<sup>89</sup> GARCÍA GOYENA (1852, 421).

<sup>90</sup> Así lo establece, respecto a la opción, el artículo 3113-14.1 PAPDC; en el mismo sentido, el artículo 568-10.1 CCCat.

<sup>91</sup> Véase el artículo 46.1 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, que establece que en las transmisiones de bienes y derechos con cláusula de retro, servirá de base el precio declarado si fuese igual o mayor que los dos tercios del valor comprobado de aquellos, y que cuando se ejercite el derecho de retracto servirá de base las dos terceras partes del valor comprobado de los bienes y derechos retraídos, siempre que sea igual o mayor al precio de la retrocesión.

<sup>92</sup> ARANDA RODRÍGUEZ (2016, 275); véase también RIVERA SABATÉS (2001, 361-364).

<sup>93</sup> ARANDA RODRÍGUEZ (2016, 275).

<sup>94</sup> El Código civil de Cataluña, que contiene una norma específica para el caso, establece que se han de abonar al comprador «Los gastos que haya ocasionado el contrato de venta a carta de gracia, incluidos los impuestos y el laudemio, *si así se ha pactado*»; debe entenderse, por tanto, que a falta de pacto al respecto, no serán abonables tales gastos al comprador. En la Memoria de DURAN I BAS así se establecía más claramente: artículo CXCV: «En la escritura de venta a carta de gracia *podrá estipularse* para el caso de redención el abono de los gastos que hubiere ocasionado el contrato, incluido el laudemio

y los derechos fiscales». La razón se encuentra, probablemente, en que el comprador, si se ejercita el derecho, puede haber sido propietario durante un largo periodo de tiempo.

<sup>95</sup> Véase GARCÍA CANTERO (1991, 617-618).

<sup>96</sup> La referencia al «último año» no debe entenderse en sentido literal, sino con relación al ciclo de producción.

<sup>97</sup> En sede de posesión, así lo prevé el artículo 323-5.3 PAPDC: «Si hay frutos pendientes naturales o industriales al cesar la buena fe, el poseedor tiene derecho a los gastos invertidos para su producción y a la parte del producto líquido de la cosecha proporcional al tiempo que dure su posesión de buena fe».

<sup>98</sup> Distinta solución sigue el Código civil de Cataluña, que atribuye los frutos al redimente, si bien este tiene la obligación de satisfacer «Los gastos de cultivo relativos a la producción de los frutos pendientes al tiempo de la redención, salvo que el redimente autorice al titular de la propiedad gravada a recogerlos a su tiempo» (art. 568-31.f); respecto a la polémica sobre dicha cuestión en la doctrina clásica catalana, y a los precedentes de la regulación vigente, véase DEL POZO CARRASCOSA (1993, 254-258). Y también es diferente el régimen en el derecho de opción, al preverse en el artículo 3113-14.3 PAPDC que los frutos pendientes en el momento de ejercer el derecho de opción «pertenecen al optante, que no tiene la obligación de pagar su importe».

<sup>99</sup> Así lo establece expresamente el artículo 568-30 CCCat: «El derecho de redimir es indivisible, salvo que diferentes cosas sean vendidas a carta de gracia en una misma compraventa y se establezca una parte de precio individualizada para cada una. En tal caso, puede obtenerse la redención de cada cosa a medida que se satisfaga la correspondiente parte de precio».

<sup>100</sup> La norma es, en el fondo, la misma que la del artículo 3113-2 PAPDC en sede de derecho de opción, conforme al cual «El derecho de adquisición constituido a favor de varios titulares debe ser ejercido por todos ellos conjuntamente salvo que en el título constitutivo se disponga otra cosa»; la regla general es, por tanto, que está en manos del comprador exigir o no el retracto por la totalidad.

<sup>101</sup> Así lo señala GARCÍA CANTERO (1991, 594).

<sup>102</sup> Esta es la solución que prevé el Código civil italiano en su artículo 1507.3, que establece que «Il compratore, nei casi sopra espressi, può esigere che tutti i venditori o tutti i coeredi esercitino congiuntamente il diritto di riscatto dell'intera cosa; se essi non si accordano il riscatto può esercitarsi soltanto da parte di colui o di coloro che offrono di riscattare la cosa per intero»; por tanto, el rescate puede ser ejercido solo por aquel o por aquellos retrayentes que se ofrecen para redimir el todo.

<sup>103</sup> Esta solución, propuesta por GARCÍA CANTERO (1991, 594-595), es, sin embargo, discutible cuando se pretenda ejercitar el derecho con notable antelación a la extinción del plazo, dado que es posible que a los otros cotitulares no les interese, convenga o simplemente no puedan ejercitar el derecho en este momento, pero quizás sí en el futuro.

<sup>104</sup> Ello lo justifica MAS BADÍA (2020, 171) en que puede resolverse vía interpretación sistemática de las normas de Derecho de Sucesiones.

<sup>105</sup> Véase DÍEZ SOTO (2013, 10703).

<sup>106</sup> A pesar del derecho legal de adquisición preferente de los comuneros en caso de transmisión de cuota, sería preferente el derecho de retracto convencional por haberse constituido con anterioridad. Cierto es que el artículo 3112-10.1 PAPDC establece la preferencia de los derechos legales de adquisición preferente sobre los voluntarios, pero el derecho de readquisición no es un derecho de adquisición preferente, sino un derecho de adquisición «directa».

<sup>107</sup> Así lo entiende también DÍEZ SOTO (2013, 10696) respecto al artículo 1513 Código civil, y es lo que se desprende de la literalidad del precepto. De todas maneras, se trata de una cuestión discutible, ya que tanto en un caso como en otro el comprador ha pretendido acabar con la situación de comunidad.

<sup>108</sup> El silencio del Código civil respecto a la cantidad a reembolsar ha dado lugar a distintas opiniones al respecto, entre ellas: a) El valor por el que se ha adjudicado el bien



por el ejercicio de la acción de división; b) El valor que resulte de trasladar el precio fijado para la readquisición de la cuota a la totalidad del bien (por ejemplo, si la cuota era un 25% y se le fija un valor de readquisición de 100, para readquirir todo el bien habría que satisfacer un total de 400); c) Un sistema mixto: el valor correspondiente a la cuota comprada por el precio de readquisición, y el de las cuotas restantes por el precio de adjudicación en la división de la comunidad. Véase MANRESA (1919, 343) y GARCÍA CANTERO (1991, 600).

<sup>109</sup> Esta es la redacción del precepto que corrige la publicada en la versión editada por la Editorial Tecnos del año 2018, en la que la expresión «reciba» daba lugar a confusión: «El titular de este derecho puede ejercerlo frente a todo aquel cuya adquisición traiga causa del adquirente y reciba la cosa libre de gravámenes, sin perjuicio de la protección de terceros de buena fe».

<sup>110</sup> Señala MAS BADÍA (2020, 160) que «El ejercicio de la opción supone, en su caso, la consumación del contrato de opción y la perfección del contrato definitivo, sin necesidad de que el concedente deba emitir, a tal efecto, una nueva declaración de voluntad, pues ya prestó su consentimiento a este, con carácter irrevocable, en el contrato de opción».

<sup>111</sup> Afirma DEL POZO (2021) que «El ejercicio del derecho de redimir comporta la adquisición inmediata de la propiedad por parte del vendedor redimente, como se deduce del artículo 568-2.2 CCCat al señalar que «el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien [...]». Para la adquisición de la propiedad no se requiere la colaboración del propietario, sino solamente el pago de los conceptos del artículo 568-31 CCCat. Al no tratarse de una nueva compraventa, sino del ejercicio unilateral de un derecho real de adquisición, no es necesaria la tradición del bien».

<sup>112</sup> MAS BADÍA (2020, 156).

<sup>113</sup> El pacto de ejercicio unilateral de la opción ya fue admitido por la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN de 26 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 6025) declaró que «este Centro Directivo ha admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho, ya que en este caso «puede afirmarse que desde un punto de vista instrumental, y siempre que el dueño o dueños lo hayan consentido al pactarse el contrato preliminar [...] el título del adquirente en virtud de una opción de compra consumada por su declaración unilateral ha quedado integrado por la escritura de contrato de opción —otorgada como es obvio por ambas partes— y por la escritura de ejercicio de opción —otorgada unilateralmente por el adquirente, [...] ya que una vez autorizadas ambas el valor traditorio de la escritura y lo convenido por las partes produce la tradición adecuada para investir de dominio al adquirente» (cfr. Resoluciones de 7 de diciembre de 1978 y 19 de julio de 1991). Este ejercicio unilateral exige en todo caso que se ajuste a lo expresamente pactado —(cfr. Resolución de 20 de mayo de 2005)— y que se adopten las pertinentes garantías respecto a los terceros (cfr. art. 175.6 del Reglamento Hipotecario y Resolución de 4 de marzo de 2014)».

<sup>114</sup> En el mismo sentido, el artículo 568-2.2 CCCat establece que «el ejercicio de los derechos de adquisición voluntaria comporta la adquisición del bien en la misma situación jurídica en que se hallaba en el momento de la constitución, así como la extinción de los derechos incompatibles constituidos con posterioridad sobre el bien si el derecho se había constituido con carácter real, sin perjuicio de lo establecido por la legislación hipotecaria».

<sup>115</sup> La excepción es el caso en que se hubiere constituido un arrendamiento sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU). El artículo 13.1 LAU, tras la redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, establece que «Si durante los cinco primeros años de duración del contrato, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, el derecho del arrendador quedara resuelto por [...] el ejercicio de un derecho de opción de compra, el arrendatario tendrá derecho, en todo caso, a continuar en el arrendamiento hasta que se cumplan cinco años o siete años respectivamente, sin perjuicio de la facultad de no renovación prevista en el artículo 9.1».

<sup>116</sup> La obligación de consignación también viene impuesta en el artículo 568-32.1 CCCat respecto al derecho de redimir: «Una vez redimida la cosa vendida a carta de gracia, queda libre de las cargas o los gravámenes que el comprador o los sucesivos titulares de la propiedad gravada le hayan impuesto desde la fecha de la venta, pero el precio de la redención queda afecto, hasta donde alcance, al pago de tales cargas o gravámenes. Con este fin, el propietario del bien redimido debe depositar o consignar el precio recibido a favor de los titulares de las cargas o los gravámenes, a quienes debe notificar el ejercicio de la redención y el depósito o la consignación constituidos a su favor». Una norma similar establece el artículo 568-12.2 CCCat respecto al derecho de opción: «el precio o contraprestación, si sobre el bien sujeto al derecho de opción inscrito existen derechos reales o gravámenes posteriores al del optante, se debe depositar o consignar a disposición de sus titulares, a los que debe notificarse el ejercicio del derecho de opción y el depósito o la consignación constituidos a su favor»; la única diferencia se prevé en el inciso final del artículo 568-32.1, cuando dice que «sin embargo, el redimente puede resolver los arrendamientos notoriamente onerosos que haya realizado el propietario», precepto que no parece aplicable por analogía al derecho de opción. Para la cancelación de las cargas y derechos inscritos con posterioridad al derecho de opción el apartado cuarto de dicho artículo 568-12 CCCat remite a lo que establece la legislación hipotecaria.

<sup>117</sup> Corriente que se inició con la importantísima Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de septiembre de 1982 (*RJ* 1982\5369). Se pactó un derecho de opción, que fue inscrito en el Registro de la Propiedad, y en el interregno hasta su consumación y consiguiente adquisición por el optante se anotó un mandamiento de embargo sobre los mismos bienes, planteándose la cuestión de si procedía la cancelación de la anotación preventiva de embargo por la simple solicitud del interesado una vez inscrita la compraventa consecuencia del ejercicio del derecho de opción, o si se requería además la consignación del precio de la misma en garantía de las responsabilidades que amparan tales anotaciones. La citada resolución, con cita de la RDGRN de 7 de diciembre de 1978, señaló que «al afectar el ejercicio del derecho de opción de forma tan directa a los titulares de derechos posteriores inscritos al tener que sufrir la cancelación del asiento sin su concurso, se requiere —como indicó la mencionada resolución— que puedan al menos contar con el depósito a su disposición del precio del inmueble para la satisfacción de sus respectivos créditos o derechos máxime cuando todas las actuaciones de los interesados tienen lugar privadamente y al margen de todo procedimiento judicial y con falta de garantía que ello podría implicar para los terceros afectados». Esta doctrina, fundamentada en la aplicación analógica de los artículos 82.2, 107.7 y 131.16 LH, 175.6, 233 y 235.9 RH, y 1518 LEC, y ya prevista expresamente en el artículo 328.1 CDCC 1960 respecto al dinero obtenido por el ejercicio del derecho de redimir en la *venda a carta de gracia*, fue seguida por numerosas resoluciones posteriores de la Dirección General de los Registros y del Notariado —entre ellas las de 29 de enero de 1986 (*RJ* 1986, 1004), 10 de abril de 1987 (*RJ* 1987, 3217), 30 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6667), 4 de septiembre de 1992 (*RJ* 1992, 7228), 26 de marzo de 1999 (*RJ* 1999, 2184), 11 de junio de 2002 (*RJ* 2002\8905), 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), 5 de septiembre de 2013 (*RJ* 2013, 8272), 4 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 1809), 16 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015\6597) y 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654)—, aunque no de manera unánime por la jurisprudencia del Tribunal Supremo: La STS de 5 de noviembre de 2003 (*RJ* 2003, 8257) ha considerado que, en virtud de la eficacia real de la opción, no es necesario ni consignar ni cancelar los derechos y cargas que accedan al Registro con posterioridad.

<sup>118</sup> Véase, a este respecto, la RDGRN de 18 de mayo de 2011 (*RJ* 2011, 3971), que declaró que el pacto de deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, «se trata de un pacto bastante frecuente en la práctica, especialmente en un momento de incertidumbre en el mercado inmobiliario, que incentiva a quien adquiere el derecho de opción, al permitirle, si finalmente lo ejerce,



aprovechar las cantidades que abonó para adquirir la propia opción. Al constar en el Registro que la cantidad pagada por el otorgamiento de la opción se deducirá del precio, si se ejercita tal derecho, cualquier titular de un derecho posterior tiene conocimiento de que tal cantidad no se consignará».

<sup>119</sup> La Propuesta sigue en esta cuestión la doctrina emanada de las RDGRN de 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498) y de 31 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 3392); esta última señala que la regla general de la consignación «se exceptiona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación. La Resolución de 27 de septiembre de 2014 desarrolla esta doctrina en los siguientes términos: “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, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto. Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas”».

<sup>120</sup> Estos dos casos ya han sido contemplados por la jurisprudencia registral. La RDGRN de 30 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2654) declaró que «Esta regla general se exceptiona en aquellos supuestos en los que se pacta por las partes contratantes del derecho de opción que el pago del precio se lleve a cabo en términos que, por ser oponibles frente a terceros, hagan inviable su consignación. La Resolución de 27 de septiembre de 2014 (*RJ* 2014, 5498) desarrolla esta doctrina en los siguientes términos: “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, pero no puede llevarse al extremo, pues implicaría, so pretexto de proteger a los titulares de los derechos posteriores a la opción, perjudicar al propio titular de la opción, que goza de preferencia registral frente a ellos. Así pues, es necesario analizar los eventuales pactos establecidos sobre este particular en cada caso concreto. Y así puede efectuarse la deducción del importe de la prima de la opción, es decir, de aquella cantidad que se ha abonado al concederla, o del importe de cargas anteriores a la propia opción que sean asumidas o satisfechas por el optante, igualmente no procede exigir tal consignación cuando el optante retiene la totalidad del precio pactado para hacer frente al pago del préstamo garantizado con la hipoteca que grava la finca y que es de rango preferente al derecho de opción ejercitado o cuando se haya pactado el pago por compensación siempre que no encubra una opción en garantía. Pero en todos estos casos es fundamental que todas estas circunstancias consten pactadas en la escritura de opción y que consten debidamente inscritas”».

<sup>121</sup> Dicho pacto de compensación ha sido mirado con recelo por la jurisprudencia; véase BOSCH CAPDEVILA (2020.<sup>a</sup>, 263 y sigs.).

<sup>122</sup> En el mismo sentido, el artículo 621-55.2 CCCat establece que «el derecho de redimir el bien vendido se debe ejercer de acuerdo con lo que establecen los artículos 568-28 a 568-32».

<sup>123</sup> DEL POZO CARRASCOSA (2021, 255).

<sup>124</sup> «La Sección 4.<sup>a</sup> se dedica al derecho de readquisición, concebido como una sub-categoría dentro del derecho de opción pero con especialidades respecto del régimen general de este. En el Libro quinto se ha omitido la tradicional regulación de la compraventa con pacto de retro. Resulta oportuno regular la figura en este Libro tercero, como derecho real. Con la fórmula propuesta se hace más hincapié en el derecho real de readquisición que en el pacto. Al mismo tiempo queda puesta de relieve la indisoluble unión de este derecho real con el negocio transmisivo al que va asociado. La Sección 4.<sup>a</sup> comprende una serie de artículos relativos a la duración, oponibilidad, frutos, derecho de readquisición y comunidad de bienes, y aplicación supletoria de las normas generales sobre derecho de opción».

*(Trabajo recibido el 19 de marzo de 2021 y aceptado  
para su publicación el 7 de junio de 2021)*



# Resolución y restitución: los retrocesos patrimoniales en el Registro de la Propiedad

## *Resolution and restitution: patrimonial setbacks in the Property Registry*

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

*RESUMEN:* El Registro de la Propiedad, como fuente de publicidad oficial del estado jurídico-real de las fincas, debe recibir todos los actos y negocios que justifiquen un cambio en aquel estado. Los «actos de tráfico» son los ejemplos más claros de ello. Pero no debemos dejar de lado aquellos otros casos en que los derechos inmobiliarios se mueven, no porque «avancen» en el circuito inmobiliario, sino porque «retroceden», volviendo sobre sus pasos. Ello puede obedecer a distintas razones, que en todo caso ponen de manifiesto una estrecha imbricación entre del derecho de obligaciones y los derechos reales.

La causa por la que haya de operar un retroceso patrimonial es lo que determina el alcance de dicho retroceso, su naturaleza, y con ello, los efectos frente a los posibles subadquirentes que hayan podido adquirir derechos antes de hacerse efectiva la causa del retroceso patrimonial. El presente trabajo pretende abordar el estudio de estos aspectos, tanto desde el Código civil como desde la Ley Hipotecaria, considerando 1) las condiciones resolutorias

explícitas en general; 2) la condición resolutoria explícita del artículo 1504 del Código civil en particular; y 3) la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil.

*ABSTRACT: The Property Registry, as a source of official publicity of the status of the land, must be able to receive all the acts and contracts that justify a change in that status. The contracts and similar acts in the traffic are the clearest examples of this. But we must take account other cases in which real estate rights move, not because they «advance» in the real estate circuit, but because they «go backwards». This «going backwards» may be due to different reasons, which reveal a close overlap between the «Law of obligations» and «Law of property».*

*The scope of this «going backwards», its nature and its effects over the sub-purchasers, is determined by its cause. The present work tries to approach the study of these aspects, both from the Civil Code and from the Mortgage Law, considering 1) the explicit resolution conditions in general; 2) the explicit resolutive condition of article 1504 of the Civil Code in particular; and 3) the resolution for non-compliance *ex* article 1124 of the Civil Code.*

**PALABRAS CLAVE:** Resolución. Restitución. Incumplimiento. Condiciones. Subadquirente. Lex Commissoria.

**KEY WORDS:** Termination. Restitution. Breach of contract. Conditions. Sub-purchaser. Lex Commissoria.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.—II. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO *EX* ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSECUENCIA RESTITUTORIA POR INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO: 1. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y CAUSALISMO DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL. 2. LA CUESTIONABLE REMISIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS, PARA EXPLICAR LA RESTITUCIÓN EN LOS CASOS DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO. 3. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Y MODO DE PRODUCIRSE. 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS A LA RESOLUCIÓN.—III. EL INCUMPLIMIENTO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: 1. EL DOMINIO O EL DERECHO REAL SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA. 2. LA TESIS DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LAS TITULARIDADES PREVENTIVAS.

CONSECUENCIAS HIPOTECARIAS. 3. LA HIPÓTESIS CONCRETA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA POR FALTA DE PAGO EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA: EL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DEL BENEFICIADO POR RESTITUCIÓN.—IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. REINSCRIPCIÓN A FAVOR DE VENDEDOR QUE RESUELVE. 2. REINSCRIPCIÓN, Y CONSIGNACIÓN DE LA PARTE DEL PRECIO QUE EN SU CASO HAYA PODIDO RECIBIR EL VENDEDOR DEL COMPRADOR, TANTO EN EL CASO DE RESOLUCIÓN *EX* 1124, COMO EN EL DEL ARTÍCULO 1504. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. 3. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR QUE RESUELVE, Y CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS INTERMEDIOS. POSIBLE AUTONOMÍA DE AMBOS FENÓMENOS.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En el tráfico jurídico, los movimientos del dominio y de los derechos reales limitados no pueden analizarse sino desde su íntima conexión con el Derecho de obligaciones, más aún si cabe en un sistema de transmisión causalista como es el español y en todos los que comparten con él la misma tradición jurídica.

Es habitual (porque es el orden expositivo natural) explicar esta imbricación derecho de obligaciones-derechos reales, poniendo de manifiesto que, en el tráfico, las mutaciones jurídico-reales son consecuencia de la autonomía privada, canalizada a través de negocios jurídicos (causa remota de los movimientos patrimoniales). Pues bien: en este estudio nos proponemos abordar esta misma imbricación derecho de obligaciones y derechos reales, en *dirección contraria*, esto es, cuando se produce o ha de producirse el *retroceso* de una mutación jurídico real también como consecuencia de la dinámica obligacional sobre la que se sustenta el título que justificó en un primer momento ese efecto real, que ahora retrocede o ha de retroceder. En concreto, nos centraremos en cómo la *resolución* opera, bien sobre los contratos, bien sobre los derechos reales, como causa de retrocesos patrimoniales, y cómo la dinámica registral se ha adaptado a ello en el Derecho español, tomando en consideración las resoluciones más recientes de la Dirección General de los Registros y del Notariado / Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGRN / DGSJyFP).

Se trata esta de una materia en la que las relaciones del Derecho de obligaciones y los Derechos reales, van muy estrechamente de la mano y en las que se difuminan esas fronteras imaginarias que los estudiantes de Derecho muchas veces se hacen (nos hicimos) sobre la idea de que son *dos asinaturas distintas*.

El presente trabajo se estructura en tres partes: en la primera, se aborda el retroceso patrimonial que opera como consecuencia de la resolución por incumplimiento contractual; en la segunda, el retroceso que opera cuando la resolución obedece a la activación de una condición resolutoria *explicita*; y en la tercera, cómo se produce una y otra en el Registro de la Propiedad, vale decir, cómo una y otra se traducen en el «lenguaje» registral y los libros del Registro, lugar en el que ambos procesos resolutorios están llamados a desembocar.

## II. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO *EX* ARTÍCULO 1124 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL. ASPECTOS GENERALES DE LA CONSECUENCIA RESTITUTORIA POR INCUMPLIMIENTO RESOLUTORIO

### 1. RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y CAUSALISMO DEL SISTEMA TRANSMISIVO ESPAÑOL

La resolución por incumplimiento es uno de los mecanismos de tutela del derecho de crédito, que el Legislador pone a disposición del acreedor que sufre un incumplimiento lo suficientemente grave, como para justificar una reacción tal por el acreedor.

Como sabemos, el Código civil español ubica la resolución por incumplimiento dentro de la regulación de las obligaciones condicionales (art. 1124 CC), pero se refiere a la resolución como una *facultad*, y no como una *hipótesis resolutoria per se* del derecho por el solo acaecimiento del hecho condicional (que en este caso habría de ser el incumplimiento grave resolutorio). De esta forma, el carácter resoluble de un contrato susceptible de ser gravemente incumplido, no es un elemento definidor de la forma de ser del derecho que ha sido objeto de tráfico en este contrato, sino una facultad que integra la posición jurídica acreedora, abstracción hecha del tipo de contrato (causa) del que deriva el crédito.

Esta forma de entender la cuestión podría resultar, en una primera aproximación, extraña en el marco de un sistema transmisivo causalista (por oposición a los sistemas transmisivos «abstractos»), en el que el mantenimiento en la sociedad del movimiento patrimonial operado en un acto de tráfico, depende de que ese mismo acto siga siendo eficaz; en este sentido, podría decirse que la íntima dependencia de una transmisión con respecto al negocio del que trae causa, difumina las fronteras entre el plano jurídico obligatorio y el jurídico real, de manera que todos los avatares del plano obligacional y la forma de ser de los derechos y obligaciones en él (causa remota de la transmisión), tienen su exacto reflejo en las consecuencias jurídico reales.



Lo anterior es (ha de ser) cierto en un sistema de transmisión calificable como *causalista*; pero solo lo es en la medida en que el fin socioeconómico (causa) del negocio jurídico, en su particular forma de configuración querida por las partes, exija esa dependencia del plano jurídico real con el obligacional, y no en lo demás. Nadie dirá, por ejemplo, que el dominio transmitido por causa de una venta es un dominio sometido a «resolución» solo porque aún no hayan caducado las posibles acciones de saneamiento por vicios ocultos que le podrían asistir al comprador *ex* artículos 1484 y siguientes del Código civil, aunque la acción redhibitoria que en su caso pudiera ejercitarse está llamada a operar un retroceso patrimonial en favor del comprador (efecto jurídico real). Mucho menos podrá afirmarse esa interrelación causalista en la transmisión entre los planos obligacionales y jurídicos reales, tomando como referencia una facultad que el ordenamiento pone a disposición de todo acreedor por el solo hecho de serlo, independientemente (abstracción hecha) del tipo de negocio celebrado, como sucede, por ejemplo, con la rescisión por fraude de acreedores o, cabalmente, con la resolución por incumplimiento, por bien que ambas están llamadas a operar, también, un retroceso patrimonial por el efecto restitutorio que exigiría su dinámica.

En definitiva, que un sistema transmisivo sea «causalista», y en este sentido, que los efectos transmisivos estén supeditados a la validez y eficacia de una relación jurídico obligatoria previa en el tráfico, no ha de impedir por ello solo, contemplar la superposición de los planos jurídico-personal y jurídico-real en cada una de las partes intervinientes; ni tampoco ha de impedir una relativa dinámica independiente de ambos planos, en los casos en que un determinado elemento definidor de la posición jurídica de las partes exija considerarlas, ya solo como deudor-acreedor (plano crediticio), ya solo como transmitente-adquirente (plano jurídico-real). Cuando esto sucede, es posible que ello pueda tener reflejo en el *otro* plano, pero en el bien entendido que esto es *solo* una consecuencia *indirecta o refleja*, quizá necesaria, pero que no obedece al *causalismo* de la transmisión. En este sentido nos parecen clarificadoras las palabras de CLEMENTE MEORO, al afirmar que en la resolución por incumplimiento, «sobre todo, la restitución es el resultado de consideraciones de equidad: si la parte incumplidora no tuviera que reintegrar lo recibido, se enriquecería injustamente a costa de la otra parte» (CLEMENTE MEORO, 2009, 42).

Esta distinción es la base que nos permitirá comprender que, aunque exteriormente resulte similar la restitución por resolución *ex* 1124 del Código civil y restitución por efecto de una condición resolutoria explícita, *cualitativamente* son muy distintas; y esta diferencia cualitativa se pone de manifiesto esencialmente en la oponibilidad de sus efectos frente a los posibles subadquierentes del bien<sup>1</sup>.

2. LA CUESTIONABLE REMISIÓN A LA REGULACIÓN DE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS, PARA EXPLICAR LA RESTITUCIÓN EN LOS CASOS DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Como sabemos, la ubicación sistemática de la resolución por incumplimiento en nuestro Código civil (art. 1124, norma de cierre de la regulación de las obligaciones condicionales), ha ejercido una gran influencia a la hora de estudiar los efectos restitutorios de la resolución por incumplimiento<sup>2</sup>, que en muchas ocasiones se remite a los preceptos previos, destinados a regular las condiciones *explicitas*.

Esta ubicación, y su concepción como condición resolutoria «tácita», ya mereció la crítica de los más tempranos comentaristas del Código civil<sup>3</sup>, y obedece, como ha puesto de relieve por todos MORALES MORENO, a que el modelo que ha tenido en cuenta el legislador español al regular la parte general de las obligaciones en el Código civil «no es el de la obligación sinalagmática (sin duda el más frecuente hoy), sino el de la unilateral» (MORALES MORENO, 2006, 24)<sup>4</sup>.

Conviene tener claro lo anterior, para evitar estudiar la resolución por incumplimiento desde la óptica de las condiciones propiamente dichas. La condición resolutoria explícita/expresa, es una forma de ser del derecho al que la condición afecte/defina, y en ese sentido, define el derecho no solo *inter partes*, sino también respecto a cualquier interesado, que ha de poder hacer valer la resolución del derecho o el levantamiento de la suspensión de su eficacia (condición resolutoria o suspensiva, respectivamente) cuando se dé el hecho previsto como condición en el caso respectivo: en tales casos, la resolución (o levantamiento de la suspensión) es la forma de ser del derecho (real o de crédito) en el tráfico, y por tanto, no necesita ningún acto de la autonomía privada para que la consecuencia condicional se produzca, sino únicamente la constatación del hecho previsto como condición. Así, el acreedor que pudiera resultar afectado, por ejemplo, por la inacción de su deudor al no exigir este la restitución de un bien a pesar de haberse producido a su favor la condición resolutoria, no necesita subrogarse en la posición de su deudor para exigir la restitución del bien *ex* artículo 1111 del Código civil, sino que ha de poder solicitar el embargo del bien, aun cuando posea un tercero, *ex* artículo 1911 del Código civil: a tal efecto, le ha de bastar con probar la realidad del hecho previsto como condición suspensiva.

Nada de esto sucede en la hipótesis de incumplimiento resolutorio, esto es, el que habilita (o «faculta», por emplear la nomenclatura del art. 1124 CC) a la resolución. Tal incumplimiento resolutorio, por sí solo, no reasigna los bienes, sino que simplemente *faculta a hacerlo*. Esto implica, a su vez, importantes consecuencias que ahondan en la distinción entre la resolución por incumplimiento y la condición resolutoria explícita:

a) El acreedor tercero que lo fuese de aquel que tiene derecho a exigir la resolución *ex* artículo 1124 y con ello a la restitución de la prestación/bien que él realizó/entregó, no puede exigir el embargo del bien de que se trate directamente, sino que necesita de la acción subrogatoria *ex* artículo 1111 del Código civil como presupuesto para «realojar» el bien en el patrimonio de su deudor, y quedar así a su alcance *ex* artículo 1911.

b) Conocer que el acreedor de una prestación ha sufrido un incumplimiento lo suficientemente grave para que aquel pudiera resolver y exigir así la restitución de la prestación que él a su vez realizó, no es conocer que el acreedor es dueño de la cosa que eventualmente recuperaría si resuelve (lo que parece claro), ni tampoco es conocer (y esto es menos claro) que *tiene derecho a la cosa* (como si de un *ius ad rem* se tratara). Este matiz resulta importante en el tráfico inmobiliario, y especialmente, de cara a perfilar el campo de juego de la buena fe que exige el artículo 34 de la Ley Hipotecaria en sede de fe pública registral, y el campo de juego de la buena fe a que se refiere el artículo 37 de la Ley Hipotecaria, como veremos más abajo.

### 3. UTILIDAD PRÁCTICA DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO, Y MODO DE PRODUCIRSE

En nuestra opinión, entender la resolución por incumplimiento como *derecho potestativo* o *facultad de configuración jurídica*, nos parece una forma muy adecuada de aproximarse a la figura<sup>5</sup>, y explica de forma convincente las consecuencias que la resolución por incumplimiento grave conlleva, y que confirman algunos pronunciamientos jurisprudenciales. En este sentido:

— La resolución exige una declaración recepticia por parte del acreedor que sufre el incumplimiento. No se produce de forma automática.

— La resolución no implica la *desaparición* del contrato, sino únicamente la liberación de los contratantes de lo que podríamos llamar sus *obligaciones prestacionales primarias*<sup>6</sup>. La resolución no implica la extinción del contrato, es decir, que el contrato no es el *objeto* de la resolución. La resolución solo es un remedio contractual en el marco de las relaciones jurídicas *sinalgámicas*, en las que las prestaciones están recíproca y causalmente enlazadas; teóricamente, bastaría con «aislar» las consecuencias inherentes a la sinalgmaticidad que justificó la aparición del contrato en el tráfico como fruto de la autonomía privada, y hacer que estas no operen en perjuicio del acreedor que sufre el incumplimiento resolutorio. Así, la resolución puede operar haya o no deberes restitutorios (por ejemplo, ha de operar antes de que haya algo siquiera que devolver), y en cualquier caso,

al ser la resolución una *facultad* de configuración jurídica en manos del acreedor, este *decidirá si las prestaciones deben cumplirse o no*.

El contrato, por tanto, sigue en vigor como módulo de los intereses puestos en común, y como ámbito delimitador de imputabilidad de los daños indemnizables, que no tienen por qué reducirse solo al «interés contractual negativo», y permiten la cobertura del interés positivo (descontando, lógicamente, el valor de lo que se recibe por vía de restitución/valor de la prestación que se libera como consecuencia de la resolución)<sup>7</sup>.

#### 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DE LOS SUJETOS A LA RESOLUCIÓN

Determinar el momento en que el bien objeto de restitución vuelve a entrar en el patrimonio del que ejercita el remedio resolutorio ante el incumplimiento, es determinar el momento en el que la consecuencia restitutoria típica de la resolución produce consecuencias jurídico-reales (mutación jurídico real). Esto determina la necesidad de diferenciar los estadios previo y posterior a tal momento, en el entendido que, si durante ellos el obligado a la restitución realiza actos de tráfico sobre el bien que ha de restituirse, las condiciones de protección del tercero han de ser distintas.

En líneas generales, la doctrina se ha mostrado favorable a entender que el reingreso patrimonial del bien se produce en el momento mismo en que la resolución se ejercita eficazmente. En este sentido, DÍEZ-PICAZO afirmó que la resolución «produce efectos recuperatorios, en virtud de la sentencia *o de la decisión de resolver*» (la cursiva es nuestra) (DÍEZ-PICAZO, 1996, 724). En la misma línea también RODRÍGUEZ ROSADO, el cual ha defendido que la resolución por incumplimiento tiene efectos reales *ex nunc*, «es decir, produciendo en el mismo instante de la resolución la retransmisión del bien» (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 245). La consecuencia de ello es que «[l]os terceros serán protegidos si adquirieron antes de ese momento, y siempre que no sean de mala fe (...)», pues si adquirieron después, solo podrán ser protegidos al amparo de las reglas que protegen las adquisiciones *a non domino*. Añade además el último de los autores citados que si el tercero, al adquirir ya conocía que su transmitente había incurrido en *incumplimiento resolutorio*, eso es bastante para negarle su *buena fe* (requisito esencial para que opere a su favor cualquier adquisición *a non domino*) (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 246).

Esta tesis probablemente ofrece una adecuada visión del fenómeno en el sentido de que se aleja definitivamente del efecto *ex tunc* pretendidamente aplicable a la resolución por incumplimiento, por mimetismo con lo que el Código civil prevé en sede de condición resolutoria *explicita*. Pero no com-

partimos la idea conforme a la cual la retransmisión del bien al acreedor que resuelve se produce automáticamente, esto es, por el solo hecho de la resolución (para lo que, como hemos visto, bastaría la mera declaración unilateral recepticia del acreedor que resuelve). Desde luego, en caso de la negativa del deudor a devolver el bien, el acreedor tiene expedida la vía judicial, y en ella, poder pedir como medida cautelar *anotación preventiva de demanda*; pero esta anotación no tiene efecto jurídico real *retroactivo* al momento en que se practica, como si pudiera determinar un cierre registral (de nuevo, retroactivamente) para los títulos anteriores que no tuvieron acceso al Registro. Dicho de otro modo: el efecto de la anotación preventiva de demanda en estos casos solo tiene un efecto de *oponibilidad* frente a los títulos de fecha *posterior*, pero no puede tener un efecto de *fe pública registral* frente a los títulos de fecha *anterior* no inscritos, porque eso sería desvirtuar la naturaleza misma de la relación jurídica restitutoria por causa de resolución.

La anotación de demanda de resolución por incumplimiento *ex* artículo 37 de la Ley Hipotecaria genera para el acreedor que resuelve una situación similar a la de un *ius ad rem* sobre el inmueble objeto de restitución. Tal es, en nuestra opinión, la forma adecuada de abordar la cuestión, y es, además, conforme con la doctrina general de las anotaciones de demanda<sup>8</sup>. El artículo 198 del Reglamento Hipotecario es claro al afirmar que, si prospera la demanda que fue objeto de anotación preventiva, la cancelación de los asientos practicados después de dicha anotación solo puede hacerse de forma directa cuando aquellos hayan sido causados por título de fecha *posterior* a la de la anotación; para la cancelación de los asientos practicados después de la anotación, pero de fecha *anterior*, son necesarios los actos de comunicación que, hoy, disponen los artículos 149 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>9</sup>, no procediendo, por tanto, la cancelación automática.

En este sentido, es especialmente clara la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de 31 de septiembre de 2000 (Sentencia núm. 410/2000)<sup>10</sup>.

Mención especial merece el caso tratado en la STS de 22 de septiembre de 2008, en la que seguramente se llegó al resultado apropiado, pero de la cual no es posible extraer una doctrina general de los efectos de la anotación preventiva de demanda. Se trató de un caso en el que existía una inscripción en favor de una entidad, la cual inscripción fue declarada nula en un procedimiento judicial. Tras la cancelación, y por causa de la reinscripción que ello supuso en favor de otra persona, un tercero embargó el inmueble, practicándose anotación preventiva del mismo. Por otro lado, se interpuso demanda en la que se pedía que se anulase la cancelación a que antes se hizo referencia, practicándose la correspondiente anotación de demanda, anotación esta de demanda que se practicó *después* de la anotación de embargo.

En este caso, el Tribunal Supremo entendió que la anotación de demanda tenía preferencia sobre la anotación de embargo, pero la clave de esta solución radicaba en que la demanda anotada habría de retrotraer sus efectos a la fecha de la cancelación indebidamente practicada (cancelación de fecha, esta sí, *anterior* a la anotación de embargo)<sup>11</sup>. Por ello en dicha sentencia se puede leer que «el embargo y su anotación registral no generan preferencia alguna para el anotante frente al resultado de un proceso en que precisamente se discute sobre la propiedad del inmueble». En el resto de supuestos, la preferencia habría de venir dada por la fecha de su práctica, sin que pueda generalizarse, por tanto, la idea de que la anotación de demanda, aun posterior, vence a la anotación de embargo de fecha anterior.

Todo lo explicado hasta aquí permite afirmar que el reingreso patrimonial del bien, en el patrimonio del acreedor que resuelve, se produce *realmente*, ya con la sentencia estimatoria, ya con el acuerdo de deudor y acreedor, esto es, y más en concreto, cuando estemos ante alguno de los títulos que conforme al artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria permitirían la cancelación-reinscripción en favor del acreedor que resuelve: esos títulos *han de provocar, por sí solos*, el efecto de retroceso patrimonial.

El acreedor que resuelve (emite la declaración recepticia en tal sentido), lo mismo que el comprador a quien la cosa no se le ha entregado, no tiene más que un *derecho a la cosa*, incapaz por su naturaleza de provocar una verdadera «inexactitud registral» en el sentido del segundo párrafo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria. Esto no quiere decir que el conocimiento por un tercer subadquirente de esa declaración resolutoria recepticia sea completamente irrelevante: lo ha de ser, en el mismo sentido en que lo es el conocimiento de una venta *anterior* en las hipótesis reguladas en el artículo 1473 del Código civil<sup>12</sup>.

Pero el solo conocimiento por el tercer subadquirente, de que su transmitente ya había incurrido a su vez en incumplimiento *potencialmente resolutorio* que le podría suponer a ese transmitente, consecuencias restitutorias sobre el mismo bien, no puede conducir a calificar a ese subadquirente como de *mala fe*, y negarle por ese solo hecho protección frente a tales potenciales consecuencias restitutorias. Ello pasaría, cuando menos, por afirmar una consecuencia retroactiva de la declaración resolutoria al momento en que se produce el incumplimiento resolutorio, fácil de explicar en el plano jurídico obligacional con fundamento en la idea del *fin protector del contrato* y la indemnizabilidad íntegra de los perjuicios que el acreedor haya sufrido, pero muy difícil de explicar en el plano restitutorio jurídico *real*, sobre todo cuando se afirma (como aquí también se defiende) que la resolución no supone desaparición del contrato ni, por tanto, de la causa (remota) transmisiva, sino una nueva dinámica contractual, la única que ya puede suponer para el acreedor que resuelve

la mejor forma de proteger su interés contractual (incluido, si procede, el interés contractual positivo).

### III. EL INCUMPLIMIENTO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPLÍCITA. ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

#### 1. EL DOMINIO O EL DERECHO REAL SOMETIDO A CONDICIÓN RESOLUTORIA

A diferencia de lo que sucede con las obligaciones y los derechos de crédito, no existe en el Derecho español una regulación de la *condicionalidad* en el dominio y los derechos reales, y esto podría plantear dudas acerca de la posibilidad de dominios o derechos reales sometidos, concretamente y a lo que ahora nos interesa, a condición resolutoria.

El apuntado silencio del codificador español, sin embargo, no resulta determinante para negar esta posibilidad. Basta comprobar la regulación de algunos tipos de derechos reales, en que se da por supuesta la posibilidad de someterlos a condición, como sucede en el artículo 513.2.º en sede de usufructo, o en el artículo 546.4.º en sede de servidumbres.

Con todo, la cuestión, y la posibilidad de ofrecer una respuesta convincente a ella, resulta más compleja, considerando que la aparición de las condiciones referidas a los derechos reales se produce típicamente a través de *negocios jurídicos*, vale decir, del juego de la autonomía privada. Y en este punto, los autores se han cuestionado si lo que se somete a condición es el *derecho real* objeto de transmisión, o si lo es *la transmisión misma*. Concretamente, DÍEZ-PICAZO afirmó la posibilidad de constituir derechos reales limitados sometidos a condición, pero «[t]ratándose de la adquisición y transmisión del dominio parece preferible entender que lo condicionado es el negocio, y no el derecho» (DÍEZ-PICAZO, 2008, 970).

Sin embargo, creemos que esta pretendida distinción resulta difícil de justificar<sup>13</sup>, y además, no parece que lleve a ninguna diferencia práctica. Lo que adquirimos por acto de tráfico no solo queda constreñido a lo que el transmitente puede transmitirnos (*nemo dat quod non habet*; podríamos decir que este es el límite máximo —abstracto de lo que podemos adquirir de otro, aplicable a toda posible transmisión), sino a lo que *realmente (concretamente)* nos transmite, y esto viene determinado por el título— causa remota de la transmisión, que por tanto lo es de la forma de ser del derecho que recibe el adquirente (este sería el límite concreto de lo que de hecho adquirimos del que dispone a nuestro favor). Afirmar, por tanto, que lo que se somete a condición (por ejemplo, resolutoria) es la transmisión, es lo mismo que afirmar que lo que se somete a condición es el derecho transmitido: la



primera es la medida-canon de la forma de ser del segundo, y esta forma de ser es tan oponible a terceros como lo es el derecho que de esta forma se limita<sup>14</sup>. Esto es una necesidad del *sistema transmisorio causalista* español, que no permite separar ambos planos<sup>15</sup>. El artículo 23 LH da por supuesta esta forma de comprender la cuestión.

Lo anterior no debe confundirse con la necesidad de diferenciar la condicionalidad de la transmisión y la condicionalidad del contrato mismo como generador de obligaciones como dos fenómenos distintos. La diferencia fue trazada con claridad por LARENZ en el marco de un sistema de transmisión abstracta, (LARENZ, 1979, 694) y en la doctrina española merece resaltarse la claridad con que la ha expuesto GORDILLO CAÑAS, y cuyas palabras transcribimos: «[c]ompraventa condicional y transmisión condicional del dominio no son realidades completamente idénticas, porque en la primera es el mismo contrato de compraventa el que queda por voluntad de las partes sometido al juego de la condición, mientras que en la transmisión condicional del dominio el contrato de compraventa se querría, en principio, como puro y simple, y lo que se pretende someter a condición es, inmediata y directamente, su resultado transmisorio; solo remotamente y en movimiento de marcha atrás, el contrato que lo provoca, en tanto que el mismo, sin aquel resultado, queda privado de todo sentido. Más brevemente y por derecho: en la compraventa condicional, la situación de pendencia propia de la condición afecta, antes que a la derivación jurídico-real del contrato, a la entraña de su contenido obligacional. Estamos entonces en el paso previo al que determina la entrada en el mundo de las mutaciones reales que el Registro está llamado a publicar; y dentro, todavía, del de las obligaciones —interesa la de transmitir— que el artículo 9 del Reglamento Hipotecario excluye de él» (GORDILLO CAÑAS, 1998, 488).

La idea anterior nos lleva a otro problema, que conviene también tratar aunque sea de forma concisa: consiste en averiguar en cada caso concreto qué es lo que se somete a condición, es decir, si lo que se sujeta a condición es el derecho real o la relación jurídica obligatoria por la que el derecho surge y/o se transmite<sup>16</sup>. Esto conduce en definitiva a una cuestión de interpretación, que en ámbito del Registro inmobiliario resulta ineludible para el Registrador conforme lo dispuesto en la regla 6.<sup>a</sup> del artículo 51 RH, pero que, en buena medida queda facilitada por disposiciones como las de los artículos 11 o 23 LH<sup>17</sup>.

El artículo 51, regla 6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario, impone la necesidad de que conste en la inscripción todo lo que determine el derecho o limite sus facultades, «copiándose literalmente<sup>18</sup> las condiciones suspensivas o resolutorias». Y añade: «No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real». De aquí creemos que puede extraerse como idea de partida que, salvo que las partes hayan



querido dar a una condición una eficacia meramente obligacional, debe entenderse que la condición afecta a la transmisión-derecho transmitido (véase lo explicado al inicio de esta parte del trabajo), y en la medida en que la actualización de la condición pudiera implicar un asiento registral, dicha condición tiene efectos jurídicos reales y debe ser inscrita. En otras palabras: las condiciones han de inscribirse, salvo en dos grupos de casos:

— Cuando la actualización de la condición no tuviera como consecuencia ningún acto inscribible en el Registro.

— Cuando la condición se pacte *expresamente* como operativa solo en el plano obligacional, o, incluso a falta de tal pacto expreso, no haya duda de ello tras interpretar el negocio<sup>19</sup>.

Si lo que se somete a condición no es la transmisión, sino el contrato mismo como fuente de las obligaciones, habrá de denegarse la inscripción del título, ya se trate de sometimiento del contrato a condición suspensiva (pues en tal caso la vigencia de la condición impide que surjan las obligaciones contractuales, y con ello, la causa transmisiva o constitutiva de los derechos reales)<sup>20</sup>, ya se trate de condición resolutoria (pues aunque en estos casos la condición no impide el surgimiento actual de las obligaciones derivadas del contrato, y con ello la existencia actual de causa transmisiva o constitutiva de los derechos reales, supuesta la expulsión del Registro a todo el contenido obligacional, inscribir el título (sin la condición) implicaría dar entrada a un título que potencial, pero conocidamente, puede llevar a una inexactitud registral sin que la causa de la inexactitud pudiera constar en el Registro).

## 2. LA TESIS DE FEDERICO DE CASTRO SOBRE LAS TITULARIDADES PREVENTIVAS. CONSECUENCIAS HIPOTECARIAS

La titularidad del dominio y de los derechos reales limitados sometidos a condición, puede cumplir valiosas funciones en el tráfico, y traducir jurídicamente los legítimos intereses de las partes, con la eficacia *erga omnes* propia de la categoría. DE CASTRO se refería, en este sentido, a las «titularidades preventivas» como una forma de canalizar los intereses de sus beneficiarios eventuales, y señalando el sometimiento a condición como prototipo de titularidad preventiva (especie, a su vez, de una categoría más general, que denominaba «titularidad interina»). Este tipo de titularidad ofrece a su titular medios de intervención adecuados a los intereses de las partes, configurando una titularidad que, aunque subordinada y con la interinidad que deriva de la relación jurídica que la origina, es una titularidad en sí misma, en su particular forma de configuración, y como tal puede

ser enajenada, gravada, objeto de sucesión *mortis causa* y susceptible de agresión patrimonial por los acreedores *ex* artículo 1911 del Código civil<sup>21</sup>.

El problema que los derechos sometidos a condición plantean en el Registro, y lo que determina la necesidad de un tratamiento específico de las mismas, obedece a que pueden determinar una futura (eventual) inexactitud registral, en la misma medida en que resulta eventual la titularidad actual que publique. El carácter preventivo, interino, que la condición implica o proyecta sobre la titularidad a que se refiere hace que pueda implicar una mutación registral futura, pero con efectos retroactivos al presente. El que adquiere de un *vendedor* que previamente vendió a tercero con condición suspensiva (por ejemplo, con reserva de dominio), no adquiere *a non domino* en sentido riguroso; asimismo, el que adquiere de un *comprador* que a su vez adquirió una titularidad bajo condición resolutoria, no adquiere tampoco *a non domino*. La inexactitud que la falta de inscripción de las condiciones implica en el Registro, no se refiere a que puedan provocar una adquisición *a non domino* (inexactitud del sujeto titular), ni a que puedan provocar la liberación de gravámenes que en realidad recaían sobre el derecho transmitido (con sacrificio de los titulares de los derechos reales limitados de que se trate), sino a la *forma de ser del derecho mismo*, pudiendo provocar la adquisición de un derecho definitivo cuando en realidad lo era interino o preventivo, y que la fe pública registral podría desactivar en pro de la seguridad del tráfico, desplazando la regla lógica «nadie puede transmitir más derechos de los que tiene». En este sentido, una vez se da la condición (suspensiva o resolutoria de que se trate), el conflicto de intereses que se plantea es, sustancialmente, de la misma naturaleza que en la hipótesis en que la condición no hubiera existido, por bien que el conflicto se ha *diferido* tanto como lo exigía la interinidad que la condición imponía, vale decir, como consecuencia del efecto retroactivo que implica la actualización del hecho puesto como condición.

De lo anterior se concluye que la oponibilidad de la condición ha de ser inherente al fin socioeconómico que su inclusión pretendía, esto es, al fin socioeconómico que la interinidad de la situación buscaba, y sin la cual aquella finalidad hubiese quedado inútil. Por ello, tal oponibilidad no puede ser, en ningún caso, de naturaleza distinta a la del derecho a que afecta, real o personal, y al que se añade como circunstancia suya, como elemento de su forma de ser.

Esto ya permite aproximarnos al problema de la delimitación del radio de acción de los artículos 34 y 37 de la Ley Hipotecaria, y permite concluir que, si la condición resolutoria o suspensiva se refiere al derecho inscribible, la condición también ha de ser inscribible como forma de ser de tal derecho; y que de su falta de inscripción queda protegido el tercero si reúne los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

El artículo 37, aunque se refiere a la protección del tercero frente a las «acciones (...) *resolutorias* que deban su origen a causas que consten *explícitamente* en el Registro», no puede estar refiriéndose a los supuestos de *condiciones explícitas*, entendiendo esta expresión como sinónimo de condiciones *inscritas*. La condición inscrita tiene (ha de tener) naturaleza jurídica *real*, pues de otro modo no resulta inscribible (cfr. artículo 51.6.º del Reglamento Hipotecario); por tanto, si la condición está *inscrita*, la protección del tercero frente a ella queda bajo el radio de acción del artículo 34. El artículo 37, por tanto, en el pasaje antes mencionado, no puede estar refiriéndose a la protección del tercero frente a las condiciones resolutorias inscritas (con eficacia jurídico real), sino *a su protección frente a los efectos restitutorios (retrocesos patrimoniales) que pudieran obedecer a una resolución por causas distintas de la forma de ser de la titularidad de que se trate*, lo que puede acceder al Registro (esto es, convertirse en una causa que *conste explícitamente en el Registro*) mediante la correspondiente *anotación preventiva de demanda*<sup>22</sup>. Además, la forma en que el mismo artículo 37 de la Ley Hipotecaria se expresa en este punto es reveladora: no se refiere a *condiciones* resolutorias, sino a *acciones* resolutorias (es decir, la causa de la resolución es *sobrevenida*).

La consecuencia del enfoque presentado sobre la cuestión no debe pasar inadvertido. La anotación de la demanda de restitución que traiga causa de una resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil, tiene efectos de oponibilidad *ex nunc* desde la fecha de la misma anotación; pero no afecta a los terceros que hayan adquirido *antes* de dicha fecha, aunque no hayan inscrito su derecho, o lo hayan inscrito después de la anotación. En otras palabras: la persona a cuyo favor se haya practicado la anotación de demanda no queda protegido frente a las transmisiones no inscritas por la fe pública registral, y el *verus dominus* extrarregistral puede hacer valer su derecho y evitar la oponibilidad de las consecuencias restitutorias.

El artículo 37-2.º.1.º de la Ley Hipotecaria no pretende dar al tercero una protección distinta de la que, conforme al Derecho sustantivo, este tercero merece frente a las consecuencias restitutorias-resolutorias a que su *tradens* pudiera quedar expuesto. Únicamente pretende canalizar registralmente la acción resolutoria, y someterla a las mismas reglas que cualquier otra acción de naturaleza personal. Lo demuestra el hecho de que la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944, al abordar el problema de los efectos restitutorios por causa de resolución contractual y su oponibilidad a terceros subadquirentes, tuvo por finalidad aproximar la Ley Hipotecaria al Código civil. Lo ponen de manifiesto la intención que estuvo detrás de la reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944, en concreto del artículo 11. Dicho artículo 11, en su redacción anterior, disponía, a lo que ahora interesa, que «Si la inscripción fuere de traslación de dominio, expresará si esta se ha verificado pagando

el precio al contado o a plazos; en el primer caso, si se ha pagado todo el precio, o qué parte de él; y en el segundo, la forma y plazos en que se haya estipulado el pago». La nueva redacción propuesta fue, también a lo que interesa: «La sola expresión del aplazamiento del precio no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice su efectividad con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa». La finalidad de ello fue evitar que pudiera interpretarse que la expresión de que el precio quedaba pendiente de pago, pudiera entenderse como constancia explícita de la causa de resolución a efectos del artículo 37, a efectos de oponer las consecuencias restitutorias a cualquier subadquirente<sup>23</sup>. En este sentido, las palabras que Fernández Cuesta pronunció en defensa del Dictamen de la Comisión de Justicia sobre el Proyecto de Ley que fue la de reforma de la Ley Hipotecaria del año 1944, resultan reveladoras: la interpretación señalada, que la reforma de 1944 rechazaba frontalmente con la nueva redacción del artículo 11 de la misma Ley no pretendía en verdad ninguna *modificación sustantiva*, sino que era *aclaratoria* del alcance que tenía la consecuencia restitutoria frente a terceros en caso de resolución por incumplimiento conforme al Código civil, y en relación con la cual, no se pretendía que el juego del Registro de la Propiedad le imprimiese una consecuencia distinta, sino que el Registro simplemente permitiera canalizar la acción resolutoria y la pretensión restitutoria *conforme al Código civil*. En concreto, Fernández Cuesta señaló que entender que, por constar el aplazamiento del pago, ello significara hacer explícito en el Registro la causa de la resolución (y por ello, oponible a los posibles subadquirentes) «es injusto, porque resulta que con arreglo al Derecho Civil el tercero, de buena fe, nunca era perjudicado por la acción resolutoria; en cambio, en el Derecho hipotecario sí lo era cuando constaba en el Registro el aplazamiento, porque esa publicidad quitaba ya al tercero su cualidad de buena fe»<sup>24</sup>. Nótese que la solución no fue otra que llevar la solución registral a la solución sustantiva del Código civil; lo que el Registro podía aportar en este sentido no podía ser otra cosa que facilitar la consecuencia restitutoria de la resolución, no mediante el juego de la fe pública en favor del demandante de restitución (quedaba claro con la reforma que conocer que el vendedor de un inmueble pudiera quedar expuesto, por su posible incumplimiento, a consecuencias restitutorias, no era conocer una *inexactitud registral*), sino de la oponibilidad que, a través de la correspondiente anotación de demanda, la relación jurídica mereciera conforme a su verdadera naturaleza jurídico-personal<sup>25 26</sup>. Se aceptaba así frontalmente la tesis que al respecto habían defendido casi medio siglo antes autores como GALINDO y ESCOSURA<sup>27</sup>.

De lo anterior se deduce que la *anotación preventiva de demanda* que pudiera practicarse como medida cautelar en un procedimiento judicial de resolución, es de distinta naturaleza y tiene distintos efectos, según la causa

de resolución sea la general del artículo 1124, o la específica del artículo 1504 del Código civil. En ambos procedimientos, la anotación preventiva de demanda resulta muy conveniente para el demandante de resolución, pero es aún más necesaria en el primero de ellos: si el fundamento de la resolución es el genérico artículo 1124, la anotación de demanda impide la aparición de nuevos adquirentes que pudieran resultar protegidos por la fe pública registral, los cuales por tanto quedarían inermes *civilmente* (por efecto de la fe pública registral) frente a la resolución; en cambio, si el fundamento fuese la condición resolutoria del artículo 1504, no practicar la anotación preventiva de demanda puede provocar que aparezcan terceros subadquirentes que quedarían protegidos solo momentáneamente, impidiendo, sí, la reinscripción en favor del vendedor (pues no intervinieron en el procedimiento judicial en que se declaró la resolución, y podría provocarles indefensión), pero no quedan protegidos *materialmente*, en tanto que el comprador puede imponer la consecuencia resolutoria-restitutoria, pero para lograr la reinscripción a su favor necesitará entablar frente a estos titulares intermedios procedimiento judicial<sup>28</sup>.

En definitiva, podríamos concluir en este momento que *la condición resolutoria expresa se somete por completo a las reglas registrales de la fe pública: la condición inscrita es oponible a tercero, y la no inscrita no le será oponible al tercero que adquiera de buena fe, a título oneroso, e inscriba su derecho (art. 34 LH). Sin embargo la resolución por incumplimiento y las pretensiones restitutorias que de ella pudiera derivar, funciona justo al revés: así como la condición resolutoria expresa de un derecho real es naturalmente oponible a cualquiera, salvo a aquel que quede amparado por la fe pública registral, la resolución (o mal llamada condición resolutoria implícita a que se refiere el art. 1124 CC) no es naturalmente oponible a tercero, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad, típicamente, mediante una anotación preventiva de demanda.*

### 3. LA HIPÓTESIS CONCRETA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA POR FALTA DE PAGO EN LA COMPRAVENTA INMOBILIARIA: EL ARTÍCULO 1504 DEL CÓDIGO CIVIL

Aunque el artículo 1124 del Código civil reconoce la facultad resolutoria por incumplimiento a todo acreedor, el artículo 1504 del mismo Código dispone en favor del *vendedor* una protección específica de contenido resolutorio, para un caso típico de incumplimiento: la falta de pago del comprador en el plazo que se haya pactado al efecto<sup>29</sup>.

La condición resolutoria por falta de pago *ex* artículo 1504 tiene una evidente función de garantía para el vendedor, y sobrepasa el efecto del artículo 1124. Una vez el artículo 1504 eliminó el pacto comisorio implícito

en este tipo de pactos resolutorios por falta de pago del precio (por el cual el vendedor podía retener la parte de precio que hasta ese momento había recibido del comprador; cfr. Ley 38, Título 5, Partida 5), y mantuvo la resolución como *facultad* del vendedor (y no como consecuencia necesaria y automática de actualizarse el hecho puesto como condición-falta de pago del precio, que es lo que hubiese resultado procedente conforme a las reglas generales de las condiciones), la utilidad de esta condición resolutoria por falta de pago del precio radica en su configuración como *garantía* del pago del mismo, *a través precisamente de su oponibilidad* a terceros, como forma de ser del derecho que adquiere el comprador, es decir, sometido a condición resolutoria: en esto radica la utilidad y sentido del pacto a que se refiere el artículo 1504 del Código civil. El artículo 210.8.<sup>a</sup>-2.º de la Ley Hipotecaria en su redacción tras la reforma de 2015 se refiere, de forma expresiva y con razón, a las «hipotecas, *condiciones resolutorias* y *cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales*» (la cursiva es añadida).

Aunque el artículo 1504 se separó de la mencionada Ley de Partidas en cuanto a no presumir el pacto de *lex commissoria*, creemos que dicha Ley, como precedente claro de nuestro artículo 1504, sigue ofreciendo un punto de referencia interpretativa de indudable valor, con lo que el alcance de esta norma del Derecho castellano es también, en buena medida, comprender el alcance del vigente artículo 1504. Y puestos en este punto, debe tenerse presente que la venta en el Derecho Castellano, aun unida a la *traditio*, no producía el efecto transmisivo si el precio no se pagaba (HEVIA BOLAÑOS, 1725, 49); pero *si se producía el efecto transmisivo*, no obstante el no pago del precio, *si el vendedor había concedido al comprador plazo para el pago* (cfr. Ley 46, Título 28, Partida 3). Ahora bien: si en esta hipótesis (concesión de plazo para el pago) se pactaba que «el comprador pague el precio a día señalado, e si non lo pagare aquel día que sea desfecha» (la venta) (cfr. Ley 38, Título 5, Partida 5), si el comprador no paga, se entenderá, siguiendo lo que enseña la glosa gregoriana a esta Ley, que la *traditio* no fue hecha si el vendedor *optaba*<sup>30</sup> por resolver; y entender que en tal caso la *traditio* no fue hecha, implica ubicar de forma clara la resolución en el plano jurídico real, lo que viene confirmado por el hecho de conceder al vendedor acción *reivindicatoria* para pedir la restitución del bien<sup>31</sup>. Esta opinión, además, era conforme con el efecto *real* que la condición, en estos casos, ya se conocía en el Derecho Romano (KASER, 1968, 196-197).

Si el artículo 1504 es útil, es porque el pacto que el precepto contempla ofrece a las partes unas consecuencias que no obtendrían de aplicarse la disciplina general de las obligaciones sinalagmáticas, o de las obligaciones condicionales. El artículo 1504 ofrece variaciones tanto de las reglas generales de las obligaciones sinalagmáticas como de las condiciones, lo que pone de manifiesto la finalidad de garantía que el pacto contemplado en el

artículo 1504 tiene, o visto desde el ángulo contrario, permite deducir con claridad la finalidad de garantía que el pacto del repetido artículo tiene. En este sentido:

— Cuando se pacta que la falta de pago del precio tendrá consecuencias resolutorias *ex* artículo 1504, una vez el vendedor ha hecho el requerimiento en él contemplado, no solo el comprador no puede pretender un efecto solutorio de su pago, sino que queda cerrada cualquier posibilidad de concesión al deudor de un plazo suplementario (cfr. art. 1124 del CC), y únicamente procede la resolución.

— No obstante pactarse que la falta de pago del precio tendrá consecuencias resolutorias *ex* artículo 1504 (condición resolutoria explícita), ello no es automático (como sí lo sería en el supuesto normal de condición resolutoria; cfr. art. 1114 del CC), sino que es una *opción* por parte del vendedor, que no obstante la condición, puede exigir eficazmente, si así lo prefiriese, el cumplimiento específico.

Como se ve, la finalidad de garantía que el pacto resolutorio *ex* artículo 1504 tiene, es clara. Que el impago (hecho condicional) no implique resolución automática (como hubiese implicado en el caso normal de condición resolutoria) obedece a la idea de que ese pacto pretende *reforzar* la posición del vendedor; en otro caso, lo que hubiese implicado hubiera sido una implícita renuncia al derecho primario y básico de cualquier acreedor: pedir el cumplimiento específico de la prestación a la que tiene derecho. Por lo demás, una vez el vendedor hace el requerimiento a que se refiere el artículo 1504, lo que aquel provoca es la eficacia del hecho condicional, y con ello, la eficacia normal de la condición resolutoria explícita, lo que explica con total naturalidad que ya no sea posible el pago solutorio tardío, y que tampoco quepa conceder judicialmente un plazo suplementario de cumplimiento para el comprador. Que el comprador, ínterin no haya sido requerido de pago, puede aún realizarlo eficazmente (sin perjuicio de que el incumplimiento que el retraso implica pueda suponer el pago de la correspondiente indemnización) es una consecuencia lógica de aplicar las reglas generales del Derecho de Obligaciones en ese ínterin en el que aún la condición resolutoria no ha desplegado (ni desplegará ya) su utilidad, y no lo hizo, como hemos visto arriba, como consecuencia necesaria de ser ese pacto resolutorio un *reforzamiento* de la posición jurídica del vendedor (lo que no se hubiese producido, repetimos, si la condición resolutoria hubiese tenido un efecto automático, cercenando así la facultad básica de todo acreedor de poder pedir, en lugar de la resolución, el cumplimiento específico)<sup>32</sup>.

La resolución por falta de pago en el caso del artículo 1504, no es la facultad resolutoria del artículo 1124, por bien que en ambos casos la re-



solución pueda contemplarse como una facultad de configuración jurídica (opción) del vendedor-acreedor<sup>33</sup>. Su «valor añadido» no se limita a impedir la facultad judicial de conceder al deudor un plazo suplementario, sino a hacer que la *condición resolutoria* opere a instancias del comprador mientras el incumplimiento perdure, pero que opere *como verdadera condición*, no como *facultad resolutoria* en el mismo sentido que el artículo 1124: tanto en el artículo 1124 como en el 1504, la resolución opera *a instancias* del acreedor/vendedor respectivamente, y en este sentido, la resolución en ambos casos opera de forma similar; pero que el 1504 opere como condición resolutoria, y que en el caso del 1124 como resolución por incumplimiento, hace que la resolución sea *cualitativamente distinta*, y con ello, también las consecuencias restitutorias. El artículo 11 de la Ley Hipotecaria, al prever que el aplazamiento del pago surtirá efecto contra tercero cuando se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria, o cuando se garantice el pago de ese precio aplazado mediante hipoteca, en realidad no se está dando *al aplazamiento* carácter *oponible*, sino que la oponibilidad hay que afirmarla de la *garantía por la deuda que tal aplazamiento supone*, es decir, de la condición resolutoria o de la hipoteca; y estas (condición e hipoteca) no son oponibles porque estén inscritas, sino que son inscribibles porque su naturaleza y eficacia son jurídico-reales, como elementos configuradores del dominio del inmueble. Las diferencias con la facultad resolutoria general prevista en el artículo 1124 resulta, en este sentido, clara.

No existe así, en nuestra opinión, la falta de congruencia que afirmó COSSÍO, cuando apuntó que resulta necesario explicar «la evidente incongruencia de que cuando existe una causa legal de resolución, que para ser eficaz no necesita ser pactada, como ocurre con la falta de pago del precio aplazado, no solo por imperativo del artículo 1504 (...) sino por la general doctrina del artículo 1124 del Código civil, aplicable a todas las obligaciones bilaterales, la Ley Hipotecaria exige el pacto expreso de la resolución, en caso de incumplimiento, para dotarlas de efecto contra tercero hipotecario. Supone esta norma una excepción a la general doctrina que difícilmente puede justificarse» (COSSÍO, 1956, 212). La acción resolutoria por incumplimiento *ex* artículo 1124, y las consecuencias restitutorias que implica, no son consecuencia de la forma de ser de los derechos que han sido objeto de tráfico, sino del ejercicio de la facultad resolutoria por incumplimiento (tutela del derecho de crédito), ante lo cual, el tercer subadquirente, en principio, debe ser *immune*. Lo confirma precisamente lo dispuesto en el artículo 11-2.º de la Ley Hipotecaria («la expresión del aplazamiento del pago no surtirá efectos en perjuicio de tercero, a menos que se garantice aquel con hipoteca o se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita (...))»: una previsión tal necesariamente *presupone* que la resolución *ex* artículo 1124 del Código no es una *forma de ser* del derecho afectado



por la resolución; que no define el derecho subjetivo en el tráfico; y que, en fin, no acompaña al derecho afectado aunque cambie de manos: para eso es necesaria la condición resolutoria *expresa*, a la que el mismo artículo 11-2.º eleva a forma de ser del dominio o del derecho real que fue objeto de tráfico<sup>34</sup>. En este sentido, creemos acertada la posición que expresara GARCÍA GARCÍA, cuando concluye que con la reforma hipotecaria de 1944-46, «quedan claramente destacadas las diferencias entre la *resolución meramente obligacional del artículo 1124 del Código civil* y la *resolución con efecto real a través de la llamada condición resolutoria explícita o pacto de «lex commissoria»»* (GARCÍA GARCÍA, 1993, 537).

#### 4. RESTITUCIÓN, Y MOMENTO EN QUE EL BIEN REINGRESA EN EL PATRIMONIO DEL BENEFICIADO POR RESTITUCIÓN

Lo estudiado hasta aquí en relación con la naturaleza y efectos de la condición resolutoria explícita, y en concreto, de la eficacia jurídico real de la resolución en el ámbito del artículo 1504 del Código civil, determina la respuesta acerca del momento en que se produce el reingreso patrimonial del inmueble en favor del vendedor que resuelve.

Conviene hacer una aclaración previa: no debe confundirse el momento en que el bien deja de ser del comprador para retornar al vendedor, con el momento en que el vendedor está en situación de poder reinscribir el inmueble a su favor. Ello se debe a que no todos los requisitos exigidos para la inscripción en favor del vendedor tienen por objeto verificar que se ha producido la mutación jurídico real que la restitución conlleva. Tal sucede, precisamente, con la necesidad de consignación del precio recibido *ex* artículo 175.6.º del Reglamento Hipotecario, sobre lo que nos detendremos más abajo.

Como hemos visto, la condición resolutoria explícita por falta de pago cumple una función de garantía con efectos jurídico-reales (cfr. art. 210.8.ª-2.º LH), poniendo a disposición del vendedor la facultad resolutoria, o quizá mejor, poniendo a su servicio (vale decir, a su interés y poder) la consecuencia resolutoria típica de las condiciones resolutorias, evitando que opere automáticamente (que es lo que, de otro modo, hubiese sucedido conforme las reglas generales de las condiciones): el hecho puesto como condición (consistente en el incumplimiento resolutorio) opera bajo decisión del vendedor. Una vez se ha producido eficazmente esa decisión, la finalidad de garantía, con eficacia jurídico real, exige que el efecto resolutorio-reintegrador del dominio opere en la misma medida en que hubiese operado si la condición hubiese desplegado su eficacia típica, esto es, automáticamente por la actualización del hecho puesto como condición.

La cuestión, por tanto, se concreta en fijar el momento en que debe considerarse eficaz la resolución, como facultad de configuración jurídica para el vendedor, pues tal ha de ser el momento al que referir las consecuencias resolutorias del derecho/transmisión sometido a condición. Y tal hecho ha de ser la interposición de la demanda, o la práctica del acta notarial, ambas mencionadas en el artículo 1504 del Código civil (sin perjuicio de que quepa, como en el caso del artículo 1124, ya desestimar la demanda o declarar en sede judicial que el acta no pudo tener efecto resolutorio al no reunir los requisitos para ello).

La consecuencia de lo anterior es que los actos dispositivos que el comprador haga a partir de ese momento, serán actos dispositivos *a non domino*, y el tercero, para ser protegido, ha de reunir los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

#### IV. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Una vez hemos analizado en las dos partes anteriores de este trabajo los aspectos sustantivos más relevantes de la facultad resolutoria general del artículo 1124 del Código civil, y de la condición resolutoria en la venta inmobiliaria del artículo 1504 del mismo Código, procede ahora, con el fin de ofrecer una visión acabada de la materia, aproximarnos a la realidad del Registro de la Propiedad, analizando qué traducción ofrece el Derecho Hipotecario a lo que hemos estudiado en las páginas precedentes.

##### 1. REINSCRIPCIÓN A FAVOR DE VENDEDOR QUE RESUELVE

La resolución, ya por causa del artículo 1124, ya por la más específica del 1504, ofrece al acreedor-vendedor la posibilidad de recuperar el inmueble, y con ello la posibilidad de reinscribir a su favor la titularidad del inmueble.

Diferenciamos según si el fundamento de la resolución es la regla general prevista en el artículo 1124, o si lo es un supuesto de condición resolutoria expresa (incluida la hipótesis del artículo 1504: que se le haya dado al incumplimiento de un plazo del pago del precio eficacia resolutoria).

a) En el primer caso (resolución *ex art.* 1124), ha de resultar incuestionable la aplicación de lo dispuesto en el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria, que exige, bien acuerdo entre las partes (que en este caso supondría que la resolución, instada por una de las partes es aceptada por la otra), bien resolución judicial (en el resto de los casos). El fin es claro: evitar la

indefensión de los titulares intermedios. Esto no prejuzga el carácter judicial o extrajudicial de la resolución por incumplimiento, sino el modo en que el retroceso patrimonial que la resolución conlleva haya de tener su reflejo en el Registro.

b) En el segundo caso (condición resolutoria explícita), a priori pudiera pensarse que la regla no puede ser la misma, porque en este caso es la propia forma de ser del derecho transmitido el que justifica el retroceso patrimonial que quiere reflejarse registralmente; en otras palabras: el retroceso vendría justificado directamente por una causa jurídico real que a los titulares intermedios les resulta oponible. Por ello, el problema gira en este sentido en cómo llevar al Registro de forma auténtica la verdad del hecho condicional, determinante de la resolución-retroceso patrimonial, según la forma de ser del derecho, y por tanto, oponible a los terceros titulares intermedios.

La peculiaridad en este grupo de casos es que el hecho condicional es un hecho *estrictamente jurídico*: la falta de pago-incumplimiento resolutorio. En los casos de condición resolutoria cuando el hecho condicional es un suceso objetivamente constatable, ha de bastar para provocar la reinscripción y la cancelación de los asientos intermedios llevar al Registro el hecho condicional *en forma fehaciente*. Pero el *incumplimiento resolutorio* no es susceptible de prueba fehaciente, sino que exige un ejercicio interpretativo, *una valoración jurídica*, de la que, fuera del debate judicial con los efectos de cosa juzgada de la sentencia correspondiente, no puede afectar a terceros; en otras palabras: fuera del debate judicial puede haber indicios de incumplimiento resolutorio, pero no *fehaciencia* que permita por sí solo reinscribir y cancelar los asientos intermedios con las garantías que exige la seguridad del tráfico jurídico. No se pierda de vista que la cancelación de esos asientos intermedios supone la conversión de esos derechos reales o pretensiones de contenido jurídico-real, en derechos de crédito y pretensiones ya de contenido jurídico-personal<sup>35</sup>, con lo que han de existir muy buenas razones para justificar tal consecuencia.

Por ello, tanto para reinscribir en favor del vendedor, como para cancelar los asientos intermedios, será necesario, ya el consentimiento/no oposición del comprador y de los titulares de dichos asientos, ya resolución judicial dictada en el marco de un procedimiento en el que todos haya tenido al menos posibilidad de intervenir. No hay aquí, por tanto, diferencias prácticas respecto al caso de que la resolución venga *ex artículo 1124 del Código civil*.

En este sentido, es perfectamente razonable la doctrina sostenida en la RDGRN de 19 de noviembre de 1996, en la que puede leerse que «para la cancelación de los asientos relativos al derecho del comprador y a los de quienes de él traigan causa, será preciso que se acredite fehacientemente la realidad de todos los presupuestos sobre los que se asienta la resolución y, especialmente, el impago de la obligación garantizada (...), siendo evidente

a este respecto (...) que la admisión de tales presupuestos solamente por el titular de uno de los asientos cuya cancelación se pretende —el cual puede haberse extinguido ya por uno posterior de transferencia— es insuficiente para fundar la cancelación respecto de todos los demás asientos afectados».

Si hubiese oposición a la resolución por el vendedor notificado, haciéndolo constar así el notario en la diligencia de notificación, hay que acudir a las vías señaladas en el artículo 82-1.º de la Ley Hipotecaria. En este sentido, cfr. RDGRN de 5 de septiembre de 2017.

2. REINSCRIPCIÓN, Y CONSIGNACIÓN DE LA PARTE DEL PRECIO QUE EN SU CASO HAYA PODIDO RECIBIR EL VENDEDOR DEL COMPRADOR, TANTO EN EL CASO DE RESOLUCIÓN EX 1124, COMO EN EL DEL ARTÍCULO 1504. ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN

La regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario dispone lo siguiente:

*«Las inscripciones de venta de bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias podrán cancelarse, si resulta inscrita la causa de la rescisión o nulidad, presentando el documento que acredite haberse rescindido o anulado la venta y que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto.*

*Si sobre los bienes sujetos a condiciones rescisorias o resolutorias se hubieren constituido derechos reales, también deberá cancelarse la inscripción de estos con el mismo documento, siempre que se acredite la referida consignación».*

Es cierto que el precepto transcrito se refiere de forma concreta solo a la hipótesis de resolución por motivo de condición resolutoria explícita e inscrita. Pero ello no ha impedido (con buen criterio analógico) aplicar esta previsión también a la hipótesis de resolución *ex* artículo 1124 del Código civil<sup>36</sup>. Por tanto, el análisis que de esta cuestión se haga vale ambos casos de resolución de que hemos venido tratando.

En este punto, son dos las cuestiones que ahora interesa abordar del precepto transcrito: 1) el requisito de la previa consignación del precio que en su caso haya podido recibir parcialmente el vendedor; y 2) la posibilidad de deducir de dicha cantidad las cantidades «que en su caso procedan».

a) En relación con lo primero (consignación del precio que en su caso haya podido recibir parcialmente el vendedor), se trata esta de una exigencia presente no solo en garantía de los posibles titulares intermedios, sino

también en favor del comprador, y por tanto, dicha consignación procede aun cuando no existan tales titulares intermedios<sup>37</sup>: la confrontación de los párrafos primero y segundo de dicho artículo 175.6.º RH lo pone de manifiesto. Ello permite especular con que el verdadero fundamento de la necesidad de consignación en tales casos radica en la idea de que las obligaciones restitutorias han de cumplirse simultáneamente, en la misma idea que juega en materia de contratos bilaterales: la buena fe exige que el acreedor de una de las prestaciones no ha de poder pedir el cumplimiento de la otra, si a la vez no cumple o no ofrece el cumplimiento de la prestación que debe, ya se trate de la resolución *ex* artículo 1124, ya de la resolución por condición resolutoria *ex* 1504.

Esta regla del cumplimiento simultáneo de las obligaciones restitutorias sí se prevé de forma expresa en otros ordenamientos. Es el caso del Derecho alemán, en concreto en el § 348 BGB. El fundamento de ello parece radicar, si seguimos a HEDEMANN, en que, resuelto el contrato, surge una relación obligatoria restitutoria, de carácter bilateral, y a la que por tanto le resultan de aplicación las reglas generales de las relaciones jurídicas bilaterales, entre las que se encuentra el del cumplimiento simultáneo (HEDEMANN, 1958, 144).

Si se admite esta explicación, no se entiende bien que el registrador ha de erigirse en garante de los intereses del obligado a restituir, más de lo que debe hacerlo en los casos de relaciones bilaterales de origen negocial *ex* artículo 11. Si tiene más sentido, en nuestra opinión, la necesidad de esa consignación (y el control de su efectucción por el registrador) si la referimos a la protección de los terceros intermedios que en su caso pudieran existir.

Podrían esgrimirse razones tales, como que de no devolver el vendedor que ahora recupera el inmueble la totalidad del precio, no se tutelan adecuadamente los eventuales mejores derechos a esa cuantía que pudieran tener terceros, conforme a lo dispuesto en los artículos 1923 y 1924. Pero de nuevo en este punto, con ser las razones estimables, tampoco se ve por qué en la reinscripción que supone la resolución, el control registral ha de ser más celoso en los movimientos de dinero que lo que hubiese de serlo en los actos de tráfico ordinarios (cfr. art. 11 LH).

El único fundamento que se nos ocurre para tal doctrina, y como volveremos a mencionar más abajo, es de motivo puramente *fiscal* de los movimientos de dinero, que es, en definitiva, la misma razón que está detrás del último inciso del artículo 11 de la Ley Hipotecaria antes mencionado.

b) En relación con lo segundo (posibilidad de deducir de dicha cantidad las cantidades «que en su caso procedan»), cabe preguntarse qué cantidades podrían ser estas. La respuesta que parece intuitiva en esta sede es afirmar, que tales cantidades podrían ser las correspondientes a cláusulas penales pactadas entre comprador y vendedor, y como subtipo de ella, el

pacto de *lex commissoria*. Así lo entendió la generalidad de la doctrina<sup>38</sup>, hasta que la Dirección General asentó un criterio bien distinto, sobre la base de la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código civil reconoce al juez en materia de cláusulas penales<sup>39</sup>. En este sentido, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado impuso la *íntegra restitución* de las prestaciones que en su caso se hubiesen realizado como presupuesto para que registralmente pudiera operarse el retroceso patrimonial del inmueble, y ello sin perjuicio de que *judicialmente* se discutiera la efectividad de la cláusula penal, sede judicial en la que podría operar la moderación a que se refiere el artículo 1154 citado<sup>40</sup>. Esta forma de enfocar la cuestión fue objeto de crítica doctrinal, por todos, por CHICO Y ORTIZ, en cuya opinión tal interpretación «inutiliza el mecanismo publicitario de la condición» [CHICO Y ORTIZ, 2000 (Tm. I), 385].

Sin embargo, en los últimos años el Centro Directivo ha abierto la puerta para que, en determinados casos, pueda procederse a operar registralmente el retroceso patrimonial inmobiliario, sin necesidad de la restitución del precio que en su caso se hubiese pagado, haciendo efectiva la cláusula penal que se hubiera podido pactar al efecto. Buen exponente de ello es la Resolución de 29 de agosto de 2019, a la que siguieron las de 6 de marzo de 2020 y de 15 de enero de 2021. La doctrina mantenida en estas resoluciones permite concluir, que el vendedor está facultado para retener la parte correspondiente del precio a que tenga derecho conforme a la cláusula penal/pacto de *lex commissoria* del contrato resuelto, siempre que:

- 1) Se haya pactado expresamente cláusula penal al respecto, y la cuantía que el vendedor retenga se ajuste a los términos de dicha cláusula.
- 2) El comprador haya renunciado a la facultad de moderación que posibilita en su favor el artículo 1154 CC.
- 3) Que la cláusula penal conste en la inscripción<sup>41</sup>.

Esta nueva forma de enfocar la cuestión puede plantear serios problemas. Ante todo, exige diferenciar según si al contrato en el que se inserta la cláusula es un contrato en el que el comprador actúe o no como *consumidor*. La Dirección General así lo ha puesto de manifiesto, al apuntar que si resultase de aplicación la normativa de protección de los consumidores, lo dispuesto en el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 impone la restitución íntegra.

En realidad, y aunque a priori la distinción se presenta muy razonable, lo cierto es que la aplicación que de ella hace la Dirección General no nos resulta convincente, y ello por dos razones:

— En primer lugar, porque en el caso tratado en la Resolución de 29 de agosto de 2019, el Centro Directivo impuso la íntegra restitución con fundamento en que resultaba de aplicación la normativa de protección de los consumidores. Y, en efecto, una de las partes actuaba como consumidora; pero en este caso, el que actuaba como consumidor resultaba ser *el vendedor del inmueble*, de modo que, si lo que se pretendía era proteger al consumidor, precisamente reconocer la facultad de retención del precio recibido era para él no más beneficioso.

— En segundo lugar, el artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, lo que dispone es la nulidad, por abusivas, de las cláusulas contractuales predispuestas, o condiciones generales, que «supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta, al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones». Pues bien, en este sentido, cabe señalar que:

1) La cláusula penal, en su tipo de pacto de *lex commissoria*, no supone *por sí sola* una indemnización desproporcionadamente alta, que permita apreciar *a limine* su abusividad. Sí puede llevar a situaciones que calificaríamos de injustas, cuando de hecho su aplicación suponga en un caso concreto la retención por el empresario o profesional de una cantidad excesiva, pero ello depende del caso concreto, y en especial, de la total cuantía que el consumidor haya desembolsado. Dicho de otra forma: la dinámica aplicativa de un pacto de *lex commissoria* pudiera llevar en la práctica a que la cuantía que el empresario retenga no resulte, en ese caso concreto, *desproporcionada*. Buena prueba de ello (y vale aquí el argumento de la *analogía iuris*) es la gradación cuantitativa que, para su ámbito de aplicación, prevé el artículo 24 de la Ley Reguladora de los contratos del Crédito Inmobiliario de 2019, en orden a determinar cuándo se considera *justa* la efectividad de una cláusula de vencimiento anticipado, que por tanto no es abusiva por sí sola. Quizá la remisión debiera haberse hecho, en lugar de al artículo 85.6 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al primer párrafo del artículo 86 del mismo Texto.

2) El procedimiento registral no es el adecuado, por razones competenciales, para controlar, ni la legalidad, ni la efectividad, de una cláusula que tiene *meros efectos obligacionales*, o dicho desde el ángulo contrario, *ningún efecto jurídico real*. Ni siquiera admitiendo que en materia de restitución por resolución rige la dinámica normal de cumplimiento de las obligaciones no sometidas a plazo (cumplimiento simultáneo de las prestaciones —artículo 1125—, *Vid. supra*), se entiende por qué el procedimiento registral ha de controlar esta cuestión, puramente obligacional y que en nada afecta a la efectuación del movimiento patrimonial, que únicamente depende de la eficacia de la condición resolutoria *que definía la forma de ser del derecho*



de cuya restitución (movimiento patrimonial) se trata. Solo por ello, la calificación registral debe quedar al margen de esta materia, tanto cuando se inscribió la transmisión sujeta a condición, como cuando se acude al Registro para hacer valer el retroceso que su activación implica.

Tras las razones expuestas de Derecho Civil que, en nuestra opinión, conducen a afirmar que el procedimiento registral no es el adecuado para controlar el cumplimiento de los, en su caso, deberes restitutorios del precio en caso de resolución, solo nos queda apuntar en favor de ese control (pero que las Resoluciones antes citadas no explicitan) un argumento puramente *fiscal*, que es el que sí hace explícito hoy el artículo 11 de la Ley Hipotecaria tras la redacción dada por la Ley 13/2015, como avanzamos más arriba.

Por otro lado, y aunque la Dirección General intenta presentar la doctrina de estas Resoluciones como justificada atendiendo a la especialidad del supuesto de hecho, y en este sentido se cuida de mantener vigente la doctrina que desde hace años ha venido sosteniendo, lo cierto es que plantea una verdadera ruptura con ella, y aunque es muy difícil hacer pronósticos, abre la puerta a un cambio en la forma de enfocar la cuestión. La razón de ello es que la Dirección General se hace eco de la doctrina jurisprudencial que interpreta el artículo 1154 del Código civil en el sentido de reconocer al juez facultad moderadora, solo para el caso en que el incumplimiento que concurre verdaderamente en el supuesto pueda calificarse como *parcial* respecto del incumplimiento para el que idealmente se había previsto la pena convencional. De este modo, la facultad moderadora del juez no es más que la adaptación de la aplicación de la cláusula al supuesto de hecho concreto, dando por supuesto que si las partes quisieron una liquidación anticipada del daño por un incumplimiento, quisieron también (de forma implícita) una indemnización *parcial* cuando el incumplimiento descrito en la cláusula penal se produce, igualmente, de forma *parcial*.

Pero en las tres resoluciones ya citadas de los años 2019, 2020 y 2021, la cláusula penal se prevé, en todos los casos, *íntegra* tanto para el incumplimiento total o parcial de la obligación de pago del precio por el comprador. Ello supone que, en cada uno de los contratos, tanto el incumplimiento total como el parcial, son incumplimientos *totales* a efectos de activar *íntegramente* la cláusula penal; dicho de otra forma: de hecho no hay espacio para el juego de la facultad moderadora del juez tal y como esta se ha entendido que ha de jugar por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por ello, cabría pensar que en todos estos casos, la idea que podría estar tras la doctrina sostenida en las tres resoluciones que ahora nos ocupan, es que, el argumento que desde años atrás la Dirección General había utilizado para exigir la restitución íntegra del precio no obstante la cláusula penal/pacto de *lex commissoria*, y que consistía en que siempre cabría la facultad moderadora del juez, *resulta imposible* en los tres casos tratados en sendas resoluciones, que contemplan

como supuesto activador de la cláusula penal en su integridad, *también el incumplimiento parcial*.

3. UNA ÚLTIMA CUESTIÓN: REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR QUE RESUELVE, Y CANCELACIÓN DE LOS ASIENTOS INTERMEDIOS. POSIBLE AUTONOMÍA DE AMBOS FENÓMENOS

Una vez se produce el hecho puesto como condición, las consecuencias referidas a la titularidad del derecho a que la condición afecta, quedan determinadas por reglas de derecho sustantivo (según el tipo de condición —suspensiva o resolutoria— de que se trate). Las operaciones tabulares que corresponde realizar no deben tener otra finalidad que la de materializar registralmente aquellas consecuencias.

Lo que acaba de indicarse, aunque pudiera parecer evidente, no debe perderse de vista para comprender el alcance de lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley Hipotecaria, el cual prevé a lo que ahora interesa que si se da el hecho puesto como condición *resolutoria*, debe procederse a practicar «una *nueva inscripción* a favor de quien corresponda», y no, como pudiera pensarse *a priori*, una *cancelación* del asiento de la titularidad que la resolución hace perder. Esto pudiera conducir a pensar que, al deberse practicar una nueva inscripción, esta es una operación en cierto modo *autónoma* a la *cancelación* de los asientos intermedios que en su caso hubieran podido practicarse, lo que pudiera implicar el «arrastre» de estos si el beneficiario de la resolución solo cumple los requisitos de la resolución frente al comprador, pero no frente a los titulares de asientos intermedios (por ejemplo, titulares de derechos limitados, o acreedores embargantes).

Pues bien; al margen de si tabularmente procede nueva inscripción o cancelación cuando se da el hecho puesto como condición resolutoria a pesar de lo dispuesto en el artículo 23 LH<sup>42</sup>, lo cierto es que ello no puede significar darle a la resolución una consecuencia distinta de la que procede conforme al derecho sustantivo, en cuanto a los efectos que la resolución ha de tener sobre los actos o negocios realizados por el titular interino/preventivo pendiente la condición. Y en este sentido, ya se acoja la tesis del efecto retroactivo de las condiciones, ya la tesis del efecto (no) convalidante de los actos o negocios realizados pendiente la condición (véase CASTRO, 1949, 615), el derecho solo puede ser objeto de otras relaciones jurídicas en su particular forma de configuración, esto es, de él no pudieron derivar sino titularidades o pretensiones con la misma interinidad que la condición implicaba.

Esto permite concluir que, en línea de principio, reinscripción (o cancelación), y cancelación de los asientos intermedios que en su caso se hayan

practicado, no son operaciones independientes ni autónomas, sino que deben realizarse simultáneamente; o visto desde otro ángulo: deben concurrir de forma simultánea los requisitos que permitan la reinscripción para el beneficio del retroceso patrimonial de la resolución, y los que permitan la cancelación de los asientos intermedios que se hayan podido practicar.

Sin embargo, la DGRN en alguna ocasión ha admitido la posibilidad de reinscribir en favor del que ejercita la resolución, sin cancelar por ello los asientos intermedios cuando los titulares de estos no han sido demandados de resolución. Esta posibilidad registral (reinscribir sin cancelar los asientos intermedios) solo puede admitirse muy limitadamente, y en concreto, cuando los asientos intermedios que perviven no implican, por su propia naturaleza, *colisión* de relaciones de contenido jurídico real. Así se deriva de las resoluciones en que se admitió este fenómeno (Resoluciones de 24-II y de 15-VI, ambas de 1998, y otra más reciente de 25-X-2018), en las que los asientos intermedios de que se trataba eran *anotaciones de embargo*<sup>43</sup>. La finalidad que se perseguía con ello era, al permitir al menos la reinscripción en favor del beneficiario de la resolución (aun cuando se mantuvieran los asientos intermedios), procurar que dicha reinscripción *si cerrara el Registro* a los títulos que en su caso hubiera podido otorgar el obligado a restituir.

## V. CONCLUSIONES

I. El retroceso patrimonial propio de las condiciones resolutorias explícitas, es cualitativamente muy distinto del retroceso patrimonial que ha de operar en caso de resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124 del Código civil.

II. No resulta convincente analizar, como habitualmente se hace, las consecuencias restitutorias de la resolución por incumplimiento, a la luz de las consecuencias restitutorias típicas de las condiciones resolutorias explícitas. La ubicación sistemática del artículo 1124 del Código civil, como norma de cierre de la regulación de las condiciones, no puede ser determinante en su interpretación.

III. Someter una obligación o un contrato con causa transmisiva a condición resolutoria, es definir la obligación o contrato como canon del efecto transmisivo pretendido, y define por ello la forma de ser del derecho transmitido. Esa forma de ser es oponible a terceros en la misma forma que lo es el derecho mismo conforme a su naturaleza (derecho de crédito/derecho real): es su particular forma de configuración, según el título por el que se derivó. Por ello, el carácter condicional del derecho (su titularidad *preventiva*) lo acompaña en la cadena de transmisiones posterior, y por tanto, puede hacerse valer frente a los subadquirentes.

IV. La restitución que ha de operar por consecuencia de un incumplimiento resolutorio, es un *accidente* de la relación obligatoria incumplida, y no acompaña al derecho que fue transmitido con causa en esa relación obligatoria. El carácter resoluble de un contrato, por estar pendiente de cumplimiento/ser susceptible de incumplimiento resolutorio, no define la *forma de ser* del derecho transmitido a través de dicho contrato, ni por tanto resulta oponible a terceros subadquirentes. De hecho, parece bastante razonable entender que la resolución no implica la extinción del contrato, sino la puesta en funcionamiento de una dinámica alternativa del mismo, que no implica para el acreedor que resuelve perder su interés en la cobertura de su interés contractual *positivo*.

V. La condición resolutoria expresa se somete por completo a las reglas registrales de la fe pública: la condición inscrita es oponible a tercero, y la no inscrita no le será oponible al tercero que adquiera de buena fe, a título oneroso, e inscriba su derecho (art. 34 LH). Sin embargo la resolución por incumplimiento y las pretensiones restitutorias que de ella pudiera derivar, funciona justo al revés: así como la condición resolutoria expresa de un derecho real es naturalmente oponible a cualquiera, salvo a aquel que quede amparado por la fe pública registral, la resolución (o mal llamada condición resolutoria implícita a que se refiere el art. 1124 del CC) no es naturalmente oponible a tercero, a menos que haya accedido al Registro de la Propiedad, típicamente, mediante una anotación preventiva de demanda.

VI. La hipótesis de resolución por falta de pago en la compraventa de inmueble (art. 1504 CC) no es un supuesto de aplicación concreta de la regla general contenida en el artículo 1124 del mismo Código, por bien que en ambos casos estemos ante supuestos en que la resolución opera a instancias del acreedor, y por ello en ambos casos estemos ante un derecho potestativo. En el caso del artículo 1504 del Código civil estamos ante una condición resolutoria explícita que define la forma de ser del derecho transmitido, y por tanto resulta oponible en la misma medida en que lo haya de ser el derecho transmitido frente a terceros subadquirentes. Nada de esto hay en la resolución por incumplimiento *ex* artículo 1124. La condición resolutoria por falta de pago en la compraventa inmobiliaria ha de inscribirse *porque tiene* carácter jurídico real.

VII. Para que pueda operar registralmente el retroceso patrimonial, por causa de resolución, en favor del que tiene derecho a resolver, ya la resolución obedezca a condición resolutoria explícita (incluida la del art. 1504), ya a incumplimiento resolutorio, es preciso llevar fehacientemente al Registro el hecho condicional/incumplimiento resolutorio. Ello exige, al menos, la no oposición del titular actual y, en su caso, de los titulares intermedios; en otro caso, será necesaria resolución judicial. Ahora bien: en caso de que el pretendido retroceso obedezca a resolución por incumplimiento *ex* artícu-

lo 1124, los subadquirentes pueden oponerse eficazmente a ese retroceso si la fecha de su adquisición fue *anterior* a la fecha en la que el demandante de restitución *anotara preventivamente* su demanda de resolución; por tanto, quedarán protegidos *ex artículo 37* de la Ley Hipotecaria. En caso de que el pretendido retroceso tuviera por causa una condición explícita que afectase al derecho mismo, su protección solo puede venir por la vía de la fe pública registral (art. 34 LH), lo que exigiría que la condición no estuviera inscrita.

VIII. Sea cual sea la causa de la resolución, el demandante de la misma debe depositar a disposición del obligado a restituir y en su caso de los demás que hayan derivado un derecho en vigor sobre el inmueble, aquello que deba a su vez restituir como consecuencia del efecto restitutorio bilateral que implica la resolución. Esa carga de depósito previo no queda excluida ni siquiera aunque se haya pactado cláusula penal en virtud de la cual el acreedor pueda retener todo o parte del precio recibido en caso de resolución, sin perjuicio de que la efectividad de esa cláusula penal pueda ser debatida judicialmente. El fundamento de ello se encuentra, al parecer de la DGRN, en la facultad moderadora que el artículo 1154 del Código civil reconoce al juez.

IX. Sin embargo lo apuntado en la conclusión anterior, últimamente se ha abierto paso en la DGRN / DGSJyFP una tendencia a admitir la efectividad de la cláusula penal que en su caso se haya podido pactar, por la cual el acreedor pueda retener todo o parte del precio recibido sin necesidad de ponerlo previamente a disposición del obligado a restituir el inmueble, siempre que concurren tres condiciones: 1) Se haya pactado expresamente cláusula penal al respecto, y la cuantía que el vendedor retenga se ajuste a los términos de dicha cláusula. 2) El comprador haya renunciado a la facultad de moderación que posibilita en su favor el artículo 1154 del Código civil (lo que solo es posible, además, si el obligado a la restitución sea también el comprador y a este no le resulta de aplicación la normativa de protección al consumidor). 3) Que la cláusula penal conste en la inscripción.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 11 de junio de 1991
- STS de 22 de septiembre de 2008
  
- SAP de Castellón de 31 de julio de 2000
  
- RDGRN de 19 de noviembre de 1996
- RDGRN de 24 de febrero de 1998
- RDGRN de 15 de junio de 1998

- RDGRN de 12 de mayo de 2010
- RDGRN de 9 de junio de 2010
- RDGRN de 5 de julio de 2017
- RDGRN de 25 de octubre de 2018
- RDGRN de 8 de mayo 2019
- RDGRN de 29 de agosto 2019
- RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020
- RDGSJyFP de 2 de septiembre de 2020
- RDGSJyFP de 15 de enero de 2021

## BIBLIOGRAFÍA

- ARIJA SOUTULLO, C. (2018). La condición en el contrato. Inscripción en el Registro de la Propiedad. *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 4, 281-331.
- CAMPUZANO Y HORMA, F. (1931). *Elementos de Derecho Hipotecario*. II tomos. Madrid: Reus.
- CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, B. (1982-1983). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. VII Volúmenes. Pamplona: Aranzadi.
- CASTRO, F. de (1949). *Derecho Civil de España*. II tomos. Madrid: Centro de Estudios Políticos.
- CHICO Y ORTIZ, J.M. (1987). *Calificación jurídica, conceptos básicos y formularios registrales*. Madrid: Marcial Pons.
- (2000). *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. II tomos. Madrid: Marcial Pons.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). *La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño*. Barcelona: Bosch.
- COSSÍO Y CORRAL, A. (1956). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1981). *Dictámenes jurídicos*. Madrid: Civitas.
- (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. Tm. III, *Las relaciones jurídico-reales. El Registro de la Propiedad. La posesión*. Madrid: Civitas.
- GALINDO Y DE VERA, L.; ESCOSURA Y ESCOSURA, R. DE (1896). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España y Ultramar*. Tm. II. Madrid, Establecimiento Tipográfico de Felipe Pinto y Orovio.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1993). *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tm II, *El concepto de tercero. Inoponibilidad. Fe pública. Prioridad*. Madrid: Civitas.
- (2019). *Legislación Hipotecaria y del crédito inmobiliario. Jurisprudencia y comentarios*. II Tomos. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. IV tomos. Madrid: Imprenta de la Sociedad Tipográfica Editorial.
- GORDILLO CAÑAS, A. (1984). Compra de cosa ajena cuyo precio no llegó a pagar el vendedor *non dominus*. *Traditio sine causa*. ¿Adquisición de buena fe? *Anuario de Derecho Civil*, Tm. XXXVII, fasc. II, abril-junio, 564-584.

- (1998). El objeto de la publicidad en nuestro sistema inmobiliario registral: la situación jurídica de los inmuebles y las limitaciones dispositivas y de capacidad de obrar del titular. *Anuario de Derecho Civil*, Tm. LI, fasc. II, 423-632.
- (2020). *El Registro de la Propiedad. Principios y Sistema*. Madrid: Reus.
- HEDEMANN, J.W. (1958). *Tratado de Derecho Civil*. Tm. III, Derecho de Obligaciones (traducido por Jaime Santos Briz). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- HEVIA BOLAÑOS, J. de (1725). *Curia Filípica*. Madrid: Con privilegio de Francisco del Hierro.
- KASER, M. (1968). *Derecho Romano Privado* (traducido por José Santa Cruz Tejeiro). Madrid: Reus.
- LARENZ, K. (1979). *Derecho Civil. Parte general*. Madrid: EDERSA.
- MANRESA Y NAVARRO, J.M. (1907). *Comentarios al Código civil*. XII tomos. Madrid: Revista de Legislación.
- MAURA, A. (1955). *Dictámenes. Seleccionados y clasificados por D. Miguel MAURA GAMAZO y José Romero VALENZUELA*. Tomo V, *De las obligaciones y de los contratos en general*. Barcelona: Bosch.
- MORALES MORENO, A.M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*. Madrid: Civitas.
- MORELL Y TERRY, J. (1917). *Comentarios a la Legislación Hipotecaria*. VI tomos. Madrid: Hijos de Reus.
- MUCIUS SCAEVOLA, Q. (1902). *Comentarios al Código civil*. Tomo 19. Madrid: Reus.
- POTHIER, R.J. (1839). *Tratado de las obligaciones. Traducido al español con notas de Derecho patrio por una sociedad de amigos colaboradores*. Madrid: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- POVEDA DÍAZ, J. (2000). Título IV. De la extinción de las inscripciones y anotaciones preventivas. En M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tm. VII, vol. 5.º. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2000.
- ROCA SASTRE, R.M. (1954). *Derecho Hipotecario*. Tomo II. Registro de la Propiedad. Barcelona: Bosch.
- ROCA SASTRE, R.M.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L; BERNÀ I XIRGO, J. (2009). *Derecho Hipotecario*. Tomo VII, Fideicomisos, legados, contratos sucesorios, régimen matrimonial. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, B. (2013). *Resolución y sinalagma contractual*. Madrid: Marcial Pons.
- (2020). La reserva de dominio: naturaleza y efectos sobre muebles e inmuebles. *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXIII, fascículo II, 491-558.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F. (1899). *Estudios de Derecho Civil*. VI tomos en X volúmenes. Madrid: Sucesores de Rivadeneyra.
- TORRENTE GARCÍA DE LA MATA, J. (1996). Reinscripción por cumplimiento de la condición resolutoria. En VV. AA., *Libro homenaje a Manuel Peña Bernaldo de Quirós y Antonio Ipiéns Llorca*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 343-388.



- VV. AA. (1839-1841). *Curso de legislación formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón*. III tomos. Barcelona: Imprenta y Litografía de J. Roger.
- (1989-1992). *Leyes Hipotecarias y Registrales de España. Fuentes y evolución*. 8 volúmenes. Madrid: Castalia, 1989-1992.

## NOTAS

<sup>1</sup> Decimos «esencialmente», porque es el plano en que resulta más visible la distinción, y sobre ello nos va a ocupar en este trabajo; pero no «únicamente». Aunque más adelante nos adentraremos en ello, la resolución por incumplimiento es una *facultad* de configuración jurídica que corresponde a todo acreedor por el solo hecho de serlo en el marco de un contrato bilateral, mientras que la condición resolutoria expresa es un elemento definidor de la *forma de ser del derecho transmitido*, y por tanto, oponible *erga omnes* (sin perjuicio del juego de las reglas de la fe pública). Así, el acreedor que pudiera resultar afectado, por ejemplo, por la inacción de su deudor al no exigir este la restitución de un bien a pesar de haberse producido a su favor la condición resolutoria, no necesita subrogarse en la posición de su deudor para exigir la restitución del bien *ex* artículo 1111 del Código civil, sino que ha de poder solicitar el embargo del bien, aun cuando posea un tercero, *ex* artículo 1911 del Código civil: a tal efecto, le ha de bastar con probar la realidad del hecho previsto como condición suspensiva. En cambio, si la restitución que no exige el que a su vez es deudor de otro, es una restitución a la que tendría derecho por haber sufrido un incumplimiento resolutorio, sí resulta necesaria la previa subrogación *ex* 1111 para obtener la resolución, como paso previo a exigir la restitución del bien.

En otras palabras: la actualización del hecho condicional en una condición resolutoria, provoca por sí sola la reasignación del bien al que la condición afecta. En cambio, el incumplimiento resolutorio faculta a hacerlo, pero no lo provoca.

<sup>2</sup> Llama la atención que esta ubicación no es solo característica del Derecho español. Esta ubicación resultará familiar también a los Derechos que comparten la misma tradición jurídica, como sucede, por ejemplo, con el Derecho chileno y el artículo 1489 del Código civil de aquel país; también el moderno Código civil brasileño regula la resolución por incumplimiento como condición o cláusula resolutoria (art. 475).

<sup>3</sup> Los autores que están tras el pseudónimo de MUCIUS SCAEVOLA (Apalategui y Oyuelos) ya calificaron de «error» localizar la resolución por incumplimiento en el artículo 1124: «lógicamente debería haber sido incluido, ó en la relativa á los efectos de las obligaciones en general, ó más propiamente en la que se dedica á tratar de la rescisión de los contratos» (MUCIUS SCAEVOLA, 1905, 675).

<sup>4</sup> En su visión quizá más extrema, se ha podido afirmar incluso que el incumplimiento resolutorio se justifica por la pérdida sobrevenida de la causa del contrato, lo que supone un paso más allá a la hora de explicar los efectos restitutorios de la resolución por incumplimiento, equivalentes a los de la verdadera  *nulidad*. POTHIER explicaba que «[a]un cuando no se haya expresado en el contrato el incumplimiento de la obligación contraída como condición resolutoria, sin embargo la falta de cumplimiento puede con frecuencia producir la nulidad del convenio, y por lo mismo extinguir la obligación» (POTHIER, 1839, 434). Entre nuestros autores, y en el análisis de la transmisión del dominio por compraventa, véase el interesante comentario de GORDILLO CAÑAS a la STS de 5-V-1983 (GORDILLO CAÑAS, 1984, 564 y sigs.).

A esta forma de entender la cuestión es a la que parece aproximarse hoy día el artículo 1371 del Código civil peruano.

Con todo, la explicación de la facultad resolutoria por incumplimiento como supuesto de sobrevenida desaparición de la causa, contó con importantes y tempranos detractores. Así, en opinión de Antonio MAURA, entender que la causa falta porque sobrevenga un incumplimiento, por grave que este sea, es un «gran error, basado en falaces apariencias; la *causa* no desaparece por el incumplimiento, pues conserva íntegro su derecho el agraciado, y para ejercitarlo le asisten las acciones idóneas, como acontece en toda lesión y todo agravio de cualesquiera derechos, sin que la perturbación se retrotraiga al título u origen de estos. Si el artículo 1.124 se hubiere de justificar por caducidad de la *causa* de la obligación, quedaría injustificado; pues siendo la *causa* elemento esencial, la resolución del vínculo se efectuaría de pleno derecho e inexorablemente, no por elección potestativa del agraviado». Extracto de un dictamen realizado por Antonio MAURA, fechado en 1906 (MAURA, 1955, 109).

<sup>5</sup> Con todo, no se ha llegado bien a perfilar las consecuencias que ello implica en sede de plazos de ejercicio de los derechos del acreedor ante el incumplimiento. En sentido estricto, el acreedor habría de tener, por un lado, abierta la posibilidad de ejercitar la acción de cumplimiento en el plazo de *prescripción* de cinco años, mientras que la resolución la tendría también abierta, en el mismo plazo de cinco años, que en esta ocasión habría de ser un plazo de *caducidad* (con lo que todo ello conlleva en sede de interrupción/suspensión de los plazos según la calificación [prescripción/caducidad] que merecen). RODRÍGUEZ-ROSADO ataja este problema, entendiendo aplicable a la resolución el plazo general de *prescripción*. Admite que ello «constituye una situación excepcional, en que un derecho potestativo se halla sometido a un plazo de prescripción. Pero evita que se pueda llegar a la paradójica situación de que quien puede ejercitar la acción de cumplimiento contractual se encuentre privado de la facultad de resolver —como bien podría suceder si no, al no ser los plazos de caducidad susceptibles de prescripción—» (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 160-161).

<sup>6</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ-ROSADO se refiere a la extinción «de los deberes primarios de prestación nacidos de él» (en referencia al contrato) (RODRÍGUEZ ROSADO, 2013, 233).

<sup>7</sup> En la jurisprudencia, resulta paradigmático el caso tratado en la STS de 5 de junio de 2008.

<sup>8</sup> En general, véase el comentario al artículo 42 LH de GARCÍA GARCÍA, Tm. I, 2019, 802.

Como ha puesto de manifiesto recientemente la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJyFP) en Resolución de 2 de septiembre de 2020, «en sede de anotaciones de demanda, no solo pueden practicarse por causa de demandas en que se ejercita una acción real, sino también por causa de aquellas en que se hace valer una pretensión puramente personal que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que con la demanda se ejercite una acción *atinentemente* a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propicie directamente una alteración registral.

<sup>9</sup> Se transcribe a continuación el citado artículo 198 del Reglamento Hipotecario: «Tomada la anotación preventiva de demanda, si esta prosperase en virtud de sentencia firme, se practicarán las inscripciones o cancelaciones que se ordenen en esta.

La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no solo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscribe, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la de la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación.

La anotación de demanda se cancelará en el asiento que se practique en virtud de la ejecutoria, y al margen de la anotación se pondrá la oportuna nota de referencia.

Cuando los asientos posteriores hubieren sido practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación de demanda, para cancelarlos será preciso que, en ejecución de la

sentencia, el demandante pida la cancelación de tales asientos, y el Juez podrá decretarla, previa citación de los titulares de los mismos, conforme a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si dichos titulares no se opusieren a la pretensión del ejecutante, en un plazo de treinta días. Cuando hicieren constar en el Juzgado su oposición, se seguirá el juicio por los trámites de los incidentes, y no se cancelará la anotación de demanda en tanto no recaiga resolución judicial firme».

El último párrafo sigue refiriéndose a los artículos 262 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hoy, la referencia ha de entenderse hecha a los artículos 142 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil.

<sup>10</sup> «... para el supuesto de tratarse de asientos posteriores [a la anotación de demanda], pero practicados en virtud de títulos anteriores a la anotación, tanto el Tribunal Supremo en Sentencias de fechas 18 de febrero de 1954 o 22 de abril de 1952, como la Dirección General de los Registros y del Notariado han resuelto el problema en el sentido de considerar siempre preferente al título anterior que puede provocar una inscripción posterior a la de la anotación preventiva de demanda. En estos casos se da preferencia al título sobre la anotación».

<sup>11</sup> Se sigue en esta línea lo sostenido por ROCA SASTRE, ROCA-SASTRE MUNCUNILL y BERNÁ, 2009, 386.

<sup>12</sup> No es este el momento para volver a entrar detenidamente en el análisis de esta cuestión. Pero estamos convencidos de que el artículo 1473 del Código civil no es un precepto cuya finalidad sea distribuir el dominio (aunque puede llegar a hacerlo), sino de jerarquizar, o si se prefiere, establecer una prelación de títulos adquisitivos en conflicto. Dos son los datos que nos parecen esenciales para esta conclusión:

— Sin perjuicio de que en un caso dado resulte de aplicación el criterio de resolución consistente en la prioridad en la inscripción (en cuyo caso, la resolución del conflicto se produce en realidad en sentido inverso: la prelación de los créditos en conflicto se produce porque ya se ha activado un criterio de prelación de los dominios, como es la inscripción registral), la sentencia que se dice resolviendo un conflicto de intereses aplicando el artículo 1473 del Código civil no puede tener efecto atributivo del dominio, porque los efectos de cosa juzgada del procedimiento no trascienden a los litigantes de ese proceso, y es perfectamente posible que el victorioso en ese procedimiento, pudiera ser derrotado en un proceso posterior por otro que tenga un mejor título a la cosa que él.

— Nos parece de gran interés el hecho de que aún en la Ley Hipotecaria de 1909, cuya finalidad era —no se olvide— adaptar la legislación hipotecaria al Código civil, la doble venta seguía aún disciplinada en el entonces artículo 38 de dicha Ley Hipotecaria, el cual, junto con los artículos 36 y 37 regulaban la dinámica registral de las revocaciones, resoluciones y rescisiones (hoy, reunida toda esa disciplina en el actual art. 37 LH).

No nos cabe ninguna duda que el artículo 1473 del Código civil es el precepto apropiado para dirimir el conflicto entre dos ventas incompatibles, aun cuando una de ellas (la venta misma como negocio) esté sometida a condición suspensiva (de modo que ni siquiera aún hayan cobrado efectividad las obligaciones nacientes del contrato) y la otra venta incompatible se haya otorgado sin sujeción a condición y plazo alguno, e incluso se haya consumado con la entrega del bien.

<sup>13</sup> Es verdad que en el tráfico, propiedad, por un lado, y derechos reales limitados, por otro, funcionan de forma desigual. Aunque los derechos reales limitados se pueden transmitir, estos también se constituyen, y aunque surgen en el tráfico derivativamente y son consecuencia de actos dispositivos por parte del titular del derecho (superior) del que traen causa, sin embargo, cuando alguien deviene por acto de tráfico usufructuario de un bien, si ese usufructo ha surgido *ex novo*, no es correcto afirmar que el propietario haya «transmitido» el usufructo (aunque el usufructuario, sí, lo ha «adquirido»). Crear un derecho real limitado sometido a condición en su origen, hace de la condición (suspensiva o resolutoria) una circunstancia patrimonialmente valuable, en beneficio o en devaluación de la posición jurídica en que quedan disponente y adquirente, como

forma de ser de los derechos de que ambos quedan como titulares. Dicho de otro modo: la condicionalidad a que se sujeta el derecho real limitado, es condicionalidad, pero en sentido económicamente inverso, del gravamen que implica sobre el derecho superior del que deriva: tan eventual es la titularidad del derecho real limitado, como lo es la libertad del dominio del que deriva. Pero cuando se trata de la *transmisión* del dominio, las cosas funcionan de manera distinta: contra la eventual sujeción de la propiedad a condición, solo existe una *expectativa* de (re)adquisición definitiva para la otra parte, que además de ser protegible y ser susceptible de disposición como elemento patrimonial, no tiene verdadera naturaleza jurídica real. De aquí, a afirmar que cuando hablamos de propiedad la condición se refiere no a aquella sino a la relación obligatoria, solo hay un paso.

Sin embargo, y no obstante lo anterior, no se ven impedimentos para que la propiedad pueda estar sujeta, como tal, a condición. La propiedad sometida a condición es una forma de ser de ese derecho de propiedad, siendo la condición tan oponible como la propiedad misma que condiciona. No es, desde luego, una propiedad libre (pues sobre ella recae una condición), pero es propiedad (en tanto en cuanto es la forma de ser del derecho real más intenso sobre ese bien concreto). No hay necesidad teórica para afirmar que, el no ser esta propiedad completamente plena, tenga que existir un titular tercero que lo haya de ser de las facultades jurídicas reales que le «faltan» a aquella propiedad para ser plena (como si la suma de ambos haces de facultades dieran como resultado la propiedad prototípica); y no existe esa necesidad teórica, porque esto es lo que sucede también con las prohibiciones de disponer con eficacia jurídica real: la amputación de la facultad dispositiva del titular no significa que aquella corresponda a una persona distinta. Y en buena medida, también es lo que sucede en los casos de enajenación de un bien con reserva de dominio

[No es este el lugar para desarrollar la figura de la reserva de dominio como institución, pero hoy es doctrina reiterada de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN, hoy renombrada como Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —DGSJyFP—) que la reserva de dominio responde al esquema de la condición suspensiva, pero estando condicionado el dominio, no la transmisión como tal. Buen ejemplo de ello es la doctrina sostenida en la RDGRN de 12 de mayo de 2010, en la que se afirma que, en caso de reserva de dominio, habrá dos *titularidades* diferenciadas pero complementarias (actual una, expectante la otra), concluyendo que la transmisión del inmueble a un tercero, libre de la reserva de dominio, exigiría la actuación conjunta de ambos titulares. La doctrina de esta resolución resulta útil a los fines aquí propuestos, porque acoge con claridad la idea de que lo condicionado es el derecho, y no la transmisión. Discrepamos en el prejuicio de tener que reconocer dos titularidades complementarias: para que un tercero adquiera el dominio *pleno* no se precisa la disposición conjunta del vendedor con reserva de dominio, y del comprador: teniendo la reserva de dominio una clara función de garantía, por bien que articulada (según opinión mayoritaria) sobre los esquemas de la condición suspensiva, el poseedor sí dispone, mientras que el vendedor beneficiario de la reserva, más que co-disponer, lo que hace es *renunciar* a la garantía que para él suponía la condición suspensiva a su favor. Sobre la reserva de dominio, véase últimamente, por todos, RODRÍGUEZ ROSADO, 2020, 491-558.]

Por último, cabe señalar que la posibilidad de someter a condición los derechos en general, y del dominio y derechos reales en particular, ha sido admitida explícitamente en algunos Códigos Civiles (así, véase art. 680 CC chileno).

<sup>14</sup> Compartimos la idea de ROCA SASTRE: «la condición se establece en el negocio jurídico, pero lo que condiciona propiamente es sus efectos» (ROCA SASTRE, 1954, 264). Antes, también los autores de los Comentarios del Código civil de MUCIUS SCAEVOLA, «[s]e advierte muy pronto, en cuanto se profundiza el estudio de las condiciones, el equivocado punto de vista desde donde se considera esta materia, refiriéndola a las obligaciones, cuando por su naturaleza corresponde casi de una manera exclusiva a los derechos de ellas nacidos» (MUCIUS SCAEVOLA, 1905, 675).

<sup>15</sup> Las palabras de GORDILLO CAÑAS son muy expresivas al respecto: «La situación jurídica de la finca, incluso atendido ahora *in complexu* a la situación jurídico-real, no queda descrita solo por el dominio y los derechos reales constituidos sobre ella, sino también, y en decisiva medida, por las cargas, límites y afecciones que los modalizan o recortan» (GORDILLO CAÑAS, 2020, 289), y ello, como consecuencia del sistema transmisivo causalista.

<sup>16</sup> La distinción no resulta intrascendente, y tiene efectos prácticos evidentes. Como ha señalado ARIJA SOUTULLO, «los actos de disposición a favor de terceros, en ocasiones, pueden resultar eficaces, aun en el supuesto de que se cumpla la condición, y precisamente su eficacia estará en función de la buena o mala fe del tercero que adquiere y de que el contrato bajo condición se haya realizado en un documento público y esté inscrito en el Registro de la Propiedad» (ARIJA SOUTULLO, 2018, 296). Esta afirmación está hecha bajo el presupuesto de que, en un caso dado, lo que se somete a condición es el contrato como generador de obligaciones, y no la transmisión-derecho objeto de transmisión, pues si estuviésemos en este último caso, habría de cobrar total aplicación la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*.

<sup>17</sup> Como apuntara ROCA SASTRE, «dado el sistema registral español, en el cual los títulos acuden al Registro con todo bagaje de pactos, cláusulas y reservas, y con cierta indiferenciación entre los elementos personales y los reales, el ingreso de las condiciones en los libros hipotecarios está excesivamente facilitada. La Ley Hipotecaria ya da por supuesto la consignación en los asientos que puedan dar origen a una rescisión, resolución, o nulidad de los actos inscritos y con mayor razón han de admitirse las condiciones, que expresan más claramente las repercusiones posibles de su cumplimiento en los actos inscritos o derechos reales registrados» (ROCA SASTRE, 1954, 279).

<sup>18</sup> Aunque la norma es en este punto clara, CHICO Y ORTIZ señaló que «literalidad» no significa transcribir «al pie de la letra», y en este sentido, el registrador ha de «sintetizar, extraer la esencia de la condición, para que esta pueda ser conocida del tercero en su dimensión resolutoria» (CHICO Y ORTIZ, 1987, 429).

<sup>19</sup> Resultan en este sentido clarificadoras las palabras de COSSÍO, al señalar que «[a]dmitiéndose [...] en nuestro sistema hipotecario que objeto de la inscripción no es el derecho real concebido de modo abstracto, y desvinculado de su causa determinante, sino el título mismo del que el derecho real deriva, todas las causas de resolución pactadas expresamente y contenidas en ese título, deben necesariamente reflejarse en el Registro de la Propiedad, teniendo por tanto trascendencia real, en cuanto al destruir el título, dejan sin base, y destruyen también la relación jurídica real por él creada. Si las partes no quieren dotar de eficacia «erga omnes» a esas causas, pueden hacerlo, pero para ello o no deben reflejarlas en el mismo título inscribible, o si lo hacen, deberán hacer constar en el mismo que su eficacia quedará reducida a los solos contratantes» (COSSÍO, 1956, 211-212).

<sup>20</sup> En este sentido parece pronunciarse también ARIJA SOUTULLO, 2018, 306.

<sup>21</sup> Sobre esta construcción teórica de las titularidades preventivas, véase CASTRO, 1949, 684-686. Sobre esta forma de entender la cuestión, referida en concreto a la titularidad del dominio, véase, no obstante lo señalado *supra*, DIEZ-PICAZO, 1987, 156-157.

<sup>22</sup> En este sentido, sigue teniendo plena vigencia la tesis de CAMPUZANO, 1931 (Tm I), 149.

Creemos acertada la siguiente opinión de GARCÍA GARCÍA: «Como en [el] caso del artículo 1.124 Código civil da igual que el tercero inscriba que no, pues la acción por esencia no afecta a ningún tercero, sea civil o hipotecario, el artículo 37 LH no representa aquí ningún mecanismo de protección de terceros por estar ya protegido por se, al no poder quedar afectados por la acción. Por lo mismo, tampoco es aplicable el artículo 34 LH». «Pero (...) el artículo 37 LH proporciona a esta acción resolutoria de efectos personales la posibilidad de que acceda al Registro a través de una anotación preventiva de demanda, a partir de cuyo momento, se podrá dar el supuesto del número

l del artículo 37 LH, y así al constar explícitamente en el Registro la causa de resolución, afectará a terceros que adquieran con posterioridad a la anotación». «Por tanto, no se puede hablar de inutilidad del artículo 37 LH respecto a estas acciones personales, sino de una distinta función del precepto respecto a otros casos» (GARCÍA GARCÍA, 1993, 547-548).

<sup>23</sup> De esta opinión era, por ejemplo, MORELL Y TERRY, 1917 (Tm II), 676.

<sup>24</sup> Extraído de *Leyes Hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, Tm. III, 220.

<sup>25</sup> Como afirmara GARCÍA GARCÍA, «[a]unque el artículo 1.504 Código civil no es muy expresivo (...) la remisión del artículo 1.537 Código civil (Disposición General sobre la compraventa) a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, exige atender a lo dispuesto en el artículo 11 LH (...). De esta regulación se desprende que la acción resolutoria por el pacto de *lex commissoria* tiene efectos reales y afecta a terceros, salvo los protegidos por la Ley Hipotecaria, es decir, los terceros que contratan desconociendo que existía el pacto de resolución, por no constar reflejado en el Registro». «En cambio, *la acción resolutoria del artículo 1.124 Código civil es de efectos obligacionales*, de tal modo que aunque conste en el Registro el aplazamiento de pago, si no se ha dado a la falta de pago el carácter de condición resolutoria expresa, tal aplazamiento y el impago del precio aplazado *no afectan a terceros*» (GARCÍA GARCÍA, 1993, 540).

<sup>26</sup> En buena medida, y como consecuencia de lo anterior, cabría pensar en lo verdaderamente inútil que supone mantener una disposición como la del artículo 11 LH en el sentido que ahora nos interesa. En esta misma línea, véase también, con cita a Sanz y a Roca, GORDILLO CAÑAS, 2020, 348.

<sup>27</sup> Sostuvieron estos autores que «[e]l artículo 36 [del texto entonces vigente de la LH], al decir que las acciones rescisorias y resolutorias no se dan contra tercero, se refiere á las acciones rescisorias y resolutorias según el derecho civil. // El no haber pagado el precio en todo ó en parte, y el haberlo ó no aplazado, solo es causa de rescisión del contrato, cuando se pacta que lo sea. // El Registrador debe hacer constar en la inscripción el no haberse hecho el pago, el haberse hecho, ó el haberse aplazado en todo ó en parte. // El artículo 38 de la Ley Hipotecaria no establece que el no pagarse el precio aplazado sea causa de rescisión de la venta, sino que se limita á consignar que cuando la falta de pago del precio en los plazos señalados cause la rescisión del contrato, según el derecho civil, no perjudica á tercero si no consta en el Registro» (GALINDO/ESCOSURA, 1896, 559).

<sup>28</sup> En este sentido es en el que se pronuncia la DGRN en su Resolución de 19 de noviembre 1996, cuando afirma que «...al tiempo de entablarse la demanda de resolución contra el comprador habrá de citarse a los titulares de los asientos posteriores que traigan causa de este, a fin de que puedan hacer valer la eventual no concurrencia de alguno de los presupuestos del efecto resolutorio (el pago en tiempo oportuno, por ejemplo); y que, igualmente, se tome la oportuna anotación preventiva de dicha demanda, que cumplirá idéntico papel notificador respecto de los titulares de asientos ulteriores. De este modo, se compatibiliza el pleno alcance real de la condición resolutoria explícita debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad (*Vid.* arts. 1124 y 1506 CC y 37 LH) con los principios básicos de tutela jurisdiccional de los propios derechos (art. 24 de la Constitución española), la salvaguardia judicial de los asientos registrales (arts. 1 y 40 LH), y se posibilita el alcance cancelatorio de la sentencia estimatoria que en su día se dicte respecto de todos los asientos posteriores al reflejo registral de dicha condición resolutoria».

<sup>29</sup> Transcribimos a continuación el texto del artículo 1504 del Código civil: «*En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, interin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, el Juez no podrá concederle nuevo término*».

<sup>30</sup> Al explicar esta Ley de Partidas, SÁNCHEZ ROMÁN se refería a que esta preveía «un *derecho alternativo* (...) que corresponde al vendedor en las compra-ventas con el



pacto de ley comisorias, para elegir entre el cumplimiento del contrato, ó su rescisión» (la cursiva es mía) (SÁNCHEZ ROMÁN, 1899, 580).

<sup>31</sup> Véase su glosa a esta Ley Partidas, en la que se refiere al término «...que sea desfecha».

<sup>32</sup> Lo mismo pasa en sede de venta de cosa mueble, esto es, en el ámbito del artículo 1505 del Código civil, aun cuando parece que la literalidad del precepto impone una consecuencia resolutoria automática por falta de pago del precio (cuando el impago es lo que se pone como condición resolutoria). El artículo 1505 prevé que «Respecto de los bienes muebles, la resolución de la venta tendrá lugar de pleno derecho, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla, o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de este se hubiese pactado mayor dilación».

Sin embargo, no debe pasar inadvertido que el transcrito artículo 1505 Código civil prevé la resolución de pleno derecho en interés del vendedor, matiz que ya estaba presente en el artículo 1434 del Proyecto de 1851, y que supone suavizar la consecuencia a la que la literalidad del artículo 1656 del Code francés conducía, que parecía llevar a la resolución automática [lo que vendría confirmado por las palabras de Portalis, en su informe elaborado sobre el contrato de compraventa durante la tramitación del Code francés: «la venta se rescindirá *ipso jure* y sin ninguna instancia de parte del vendedor, después del término convenido en que el que compra debe satisfacer el precio. (...) Los géneros y bienes muebles no circulan en el comercio siempre con igual valor, y hay una variación muy rápida y tan sensible en el precio de estos objetos, que el menor retardo puede ocasionar perjuicios de monta. Los inmuebles no ofrecen los mismos inconvenientes» (véase *Curso de Legislación* formado de los mejores informes y discursos leídos y pronunciados al tiempo de discutirse el Código de Napoleón. Tm. III, 25)]. GARCÍA GOYENA, en sus comentarios al Proyecto de 1851, confirma que tanto en el artículo 1433 como en el 1434 (precedentes directos de los actuales arts. 1504 y 1505 CC), el vendedor es «libre en pedir la resolución, o cumplimiento de la venta» (GARCÍA GOYENA, 1852 (Tomo III), 414).

<sup>33</sup> Es tradicional la afirmación contraria. Así, MANRESA ya afirmó, comentando el artículo 1504 del Código, que «[b]ien mirado, [la condición resolutoria por falta de pago de este precepto] es la misma condición resolutoria que va implícita en todas las obligaciones bilaterales, según el artículo 1124; solamente que tratándose de bienes inmuebles se sustrae, en cuanto á su reglamentación, del imperio del citado artículo 1124 para someterla á las estipulaciones de los contratantes y á los preceptos [de dicho artículo 1504]» (MANRESA, 1907 (tomo X), 286).

<sup>34</sup> No lo entendió así el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de junio de 1991. En ella se trató el efecto expansivo, de la resolución ejercitada por el vendedor frente al comprador de una finca, a un tercero subadquirente. En el caso, de los hechos de la sentencia se deduce que la primera venta (la que se resuelve) no fue inscrita en el Registro y se formalizó solo en documento privado; tampoco (lógicamente) la segunda venta (transmisión) al subadquirente frente al que pretenden extenderse las consecuencias restitutorias fue inscrita, de modo que el vendedor primero figuraba aún como titular registral. En la venta primera se pactó prohibición de disponer (no podía arrendar, subarrendar, vender ni ceder la finca).

En la sentencia se da por bueno el razonamiento de la Audiencia Provincial, en la que se afirmó que a fin de cuentas el subadquirente había comprador de alguien que no tenía facultades dispositivas (se entiende, por virtud de los pactos anteriores de no vender), y que además, al no haber adquirido de titular registral, no podría quedar inmune ante las consecuencias restitutorias.

La doctrina mantenida en esta resolución resulta muy problemática. Sin necesidad de entrar en la virtualidad del pacto de prohibición de disponer que habría de afectar al primer comprador (lo que ya es más que dudoso: habría de tener mero efecto jurídico



obligacional, pero nunca eficacia jurídico real; arg. art. 26 LH), una vez que en sede judicial se ha puesto de manifiesto la inexactitud registral (las dos transmisiones sucesivas sobre las que se pretenden las consecuencias restitutorias por efecto de la resolución), y por tanto que el debate debe ventilarse conforme a las reglas del Derecho Civil no registral (y por tanto, yendo de suyo que la inscripción aún vigente en favor del primer vendedor no puede protegerle desde el punto de vista del sistema registral, como medio de resolución de conflictos frente a terceros), no se entiende cómo el Tribunal Supremo pudo afirmar (aunque en afirmación obiter dicta) que aun cuando el subadquirente no conociera el contrato que ahora se resuelve, juega contra él «igualmente en su contra la publicidad registral». Con estos (cuestionables) razonamientos, el Tribunal Supremo consigue articular su tesis en relación al efecto resolutorio-restitutorio por incumplimiento, con un marcado carácter ex tunc.

Quizá todo este forzado razonamiento del Tribunal Supremo no debe extrapolarse más allá de los límites del supuesto de hecho que le sirvió de base, en el que se pone de manifiesto que el subadquirente no pudo probar la existencia del contrato que sirvió de base a su (hipotética) adquisición. Esta falta de prueba ya hubiese sido bastante para no impedir el total efecto restitutorio al vendedor que sufre el incumplimiento, y no se entiende por qué el Tribunal Supremo realiza aquellas afirmaciones obiter dicta que, creemos, resultan muy dudosas.

<sup>35</sup> En este sentido resultan especialmente ilustrativas las ideas expuestas en la RDGRN de 9 de junio de 2010, concretamente en su fundamento de derecho sexto: esos derechos o pretensiones dejan de tener por objeto la finca, y pasa a ser el valor representativo de ella, por subrogación real.

<sup>36</sup> En este sentido, véase la RDGRN de 8 de mayo de 2019.

<sup>37</sup> Así lo ha venido a confirmar de forma reciente la RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020.

Esta cuestión, que hoy se presenta como algo claro, sin embargo generó dudas, y hubo vacilaciones en cuanto a la necesidad de dicha consignación cuando no había asientos intermedios. Para una visión panorámica de esta cuestión, resulta interesante el estudio de Torrente, 1996, 384-388.

<sup>38</sup> Por todos, véase CAMY, 1982 (Tm. II), 581: «Si en la venta primitiva que origina esta resolución, se hubiese pactado que quedarían en poder del vendedor, o de sus causahabientes, la parte del precio satisfecha en el momento en que proceda y se ejercite aquella, no habrá que acreditar devolución alguna. Sin que esto impida el posible derecho del comprador para pedir, incluso judicialmente, que se le devuelva parte de esa cantidad, pues según reiterada jurisprudencia (...) los Tribunales pueden estimar excesiva la cantidad que retenga el vendedor como indemnización de daños y perjuicios pese a que ello se deba a pacto entre los contratantes (...)».

<sup>39</sup> Dispone dicho artículo 1154 del Código civil que «El Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

<sup>40</sup> Buenos ejemplos de este enfoque son, por citar resoluciones recientes, las RRDGRN de 9 de junio de 2010, de 25 de enero de 2012, y más recientemente, y sin perjuicio de lo que más abajo se dirá, la RDGSJyFP de 6 de marzo de 2020.

<sup>41</sup> Resulta muy ilustrativo el siguiente fragmento de la Resolución de 15 de enero de 2021: «Las partes han pactado una cláusula penal en virtud de la cual, en caso de incumplimiento de la obligación de pago del comprador, el vendedor hará suyas las cantidades percibidas, y han convenido expresamente que dicha cláusula penal resultaría de aplicación, en su totalidad, en el caso de incumplimiento parcial, total, irregular o tardío del precio aplazado por el comprador, de manera que no haya lugar a la restitución prevista en el artículo 1123 del Código civil; han pactado excluir la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1154 del mismo Código; la compradora había aceptado la cláusula penal declarando su proporcionalidad y adecuación a la vista de los perjuicios que soporta el

*vendedor por la falta de cobro del precio de la compraventa; el comprador había renunciado, de forma expresa e irrevocable, a cualquier reclamación judicial o extrajudicial orientada a excluir la aplicación de la cláusula penal o a obtener una minoración o retraso; y la cláusula está inscrita en el Registro resultando oponible no solo a las partes sino también frente a cualesquiera terceros registrales».*

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión, véase por todos la crítica de POVEDA DÍAZ, 2000, 545-546.

<sup>43</sup> Si tales inscripciones intermedias lo hubiesen sido de transmisión del dominio o de constitución de derechos reales, la solución habría de ser justo la opuesta.

*(Trabajo recibido el 9 de marzo de 2021 y aceptado  
para su publicación el 7 de junio de 2021)*



# ESTUDIOS LEGISLATIVOS



# El derecho de propiedad y la limitación de la renta en los contratos de arrendamiento residenciales en Cataluña\*

## *Property right and rent control in Catalonia*

por

IRENE AZNAR SÁNCHEZ-PARODI

*Doctora en Derecho*

*Universidad de La Laguna Sta. Cruz de Tenerife*

*RESUMEN:* En los últimos años hemos sido testigos de un empeoramiento sostenido de las condiciones de acceso a la vivienda. Esta situación ha provocado la adopción de algunas medidas tendentes a garantizar el derecho a una vivienda digna. En septiembre de 2020 el legislador catalán vino a promulgar la Ley (catalana) 11/2020. La citada norma tiene como principal objetivo el de contener el aumento de la renta de los contratos de arrendamiento residenciales en ciertas zonas de Cataluña.

El propósito de este estudio es el de analizar la adecuación de la medida catalana desde un punto de vista constitucional. Así, en este trabajo

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto «La nueva información registral: requisitos, eficacia y aplicaciones prácticas» (DER 2017-83970-P), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación. Se agradecen las sugerencias emitidas por los/las evaluadores/as de este trabajo, las cuales han sido tenidas en cuenta. Del mismo modo, se agradecen los comentarios y observaciones de la Profesora SÁNCHEZ JORDÁN.

tendremos la oportunidad de examinar si el sistema de contención de rentas previsto por el legislador catalán afecta al derecho de propiedad privada que proclama el artículo 33 de la Constitución española. La función social de la propiedad jugará un especial papel en el estudio propuesto.

*ABSTRACT: In the last few years we have witnessed a sustained worsening of access conditions to housing. This situation has caused the adoption of some measures in order to guarantee the right to adequate housing. In September 2020, Act 11/2020 was enacted by Catalan legislator. The main objective of the mentioned Act is to establish a rent control system in some areas of Catalonia.*

*The purpose of this study is to analyse the adequacy of the Catalan measure from a constitutional point of view. Thus, in this paper we will have the opportunity to examine whether rent control system affects the constitutional right of private property (article 33 of Spanish Constitution). Social function of property will play a special role in the proposed study.*

**PALABRAS CLAVE:** Control de rentas. Función social. Propiedad privada. Derecho a la vivienda. Legislación catalana en materia civil.

**KEY WORDS:** Rent control. Social Function. Private property. Right of housing. Catalan Civil Law.

**SUMARIO:** I. LA VIVIENDA DIGNA O EL DERECHO ESPERADO.—II. LA CONTENCIÓN DE RENTAS: 1. *ITER* NORMATIVO. 2. EL EJEMPLO CATALÁN: A) Aspectos previos. B) La incidencia de la medida catalana sobre el derecho dominical: a) El contenido esencial del derecho de propiedad: a') La rentabilidad del dominio. b') La propiedad privada y su función social. b) La contención de rentas catalana, ¿una medida proporcionada?: a') Idoneidad. b') Necesidad. c') Proporcionalidad *sensu stricto*.—III. UNA REFLEXIÓN FINAL: 1. COMPETENCIA EN LEGISLACIÓN PROCESAL. 2. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL Y DE REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA. 3. EL INCIERTO FUTURO DEL SISTEMA DE CONTENCIÓN DE RENTAS.—IV. CONCLUSIONES.—V. JURISPRUDENCIA CITADA.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VI. PÁGINAS WEB.

## I. LA VIVIENDA DIGNA O EL DERECHO ESPERADO

GARCÍA CANTERO, al ocuparse del derecho a la vivienda, recurre a calificativos como «controvertido», «invisible», «travieso o caprichoso»



(GARCÍA CANTERO, 2014, 31 y 32). «Escondido» es, sin embargo, el adjetivo que, desde el punto de vista del mencionado autor, define mejor al derecho que ahora nos atañe<sup>1</sup>, ya que, como subraya de manera expresa, «...dijérase que el derecho a la vivienda pugna por asomarse o hacerse presente fuera en un ambiente social externo que, por todos los medios, se esfuerza no pocas veces por ocultarlo o disimularlo...»<sup>2</sup>.

Reconociendo la altura de la reflexión esbozada por GARCÍA CANTERO, nosotros preferimos partir de otro calificativo para hacer alusión al derecho a la vivienda; en concreto, *esperado*. En este sentido, hemos de apoyarnos en una de las definiciones que el Diccionario de la Real Academia ofrece del verbo esperar, esto es, «creer que ha de suceder algo...»<sup>3</sup>. Así, los ciudadanos llevan esperando desde 1978 a que se materialice el mandato plasmado en el artículo 47 Constitución española, el cual no solo reconoce que «*todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada*», sino que, además, proclama que «*los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho*».

Dejando a un lado la discusión sobre su posible calificación como un derecho subjetivo<sup>4</sup> y los obstáculos que se derivan de su catalogación como un derecho de segunda generación<sup>5</sup>, resulta importante destacar que nos hallamos ante un derecho de especial relevancia si se tiene en cuenta que, como resalta la doctrina<sup>6</sup> y la reciente Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, sobre el acceso a una vivienda digna y asequible para todos (en adelante Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021)<sup>7</sup>, se trata de un medio a través del cual queda concretado el ideal de dignidad humana lo que, en el caso de España, conecta con lo dispuesto en el artículo 10 de nuestro texto constitucional<sup>8</sup>. Esta reflexión es precisamente la que explica las expectativas que existen sobre este particular derecho.

Puesta de relieve la importancia práctica de este derecho, se hace necesario mencionar que ciertos hitos de nuestra Historia reciente confirman que el ideal de vivienda digna continuará haciéndose esperar. En efecto, el derecho a la vivienda recibió una dura estocada tras el estallido de la crisis inmobiliaria del año 2008, en tanto que, como destacó TORNOS MAS, no solo se vio frustrado el deseo de aquellos que deseaban acceder a una vivienda, sino que, además, muchos de los ciudadanos que ya contaban con un techo sobre el que vivir lo perdieron como consecuencia del impago de la cuotas hipotecarias o de la renta arrendaticia (TORNOS MAS, 2015, 48)<sup>9</sup>.

La situación descrita en el párrafo precedente ha empeorado como consecuencia de la crisis sanitaria del Covid-19<sup>10</sup>, en tanto que las normas de seguridad y las restricciones en la movilidad tendrán un claro impacto sobre nuestra economía de mercado (descenso del turismo, pérdidas de empleos,

entre otros aspectos) y, por ende, sobre los mecanismos para acceder a la vivienda (tanto en propiedad como en arrendamiento)<sup>11</sup>.

Lo expuesto con anterioridad ha fomentado el florecimiento de diversas iniciativas por parte de los poderes públicos (especialmente desde el ámbito autonómico)<sup>12</sup>. En este sentido, se han promulgado diversas medidas encaminadas a mitigar los efectos de la crisis económico-inmobiliaria (por ejemplo, la expropiación temporal del uso)<sup>13</sup> y la crisis del coronavirus (por ejemplo, las reglas contenidas en el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19)<sup>14</sup> sobre la vivienda habitual.

Resulta relevante destacar aquí que las medidas a las que se ha aludido en el párrafo precedente suelen ampararse en la función social de la propiedad privada, en tanto que, en no pocas ocasiones, los poderes públicos imponen limitaciones al derecho de propiedad privada con el fin de fomentar el derecho a una vivienda digna<sup>15</sup>. De este modo, encontramos especialmente instructiva la reflexión expuesta por MOREU CARBONELL, quien señala que «el derecho de propiedad no es obstáculo al desarrollo del derecho a la vivienda, sino un instrumento para conseguirlo» (MOREU CARBONELL, 2018, 39)<sup>16</sup>.

Sentado lo anterior, resta apuntar que en este trabajo nos ocuparemos de manera específica de una reciente iniciativa consistente en limitar el precio de ciertos contratos de alquiler de vivienda residencial.

## II. LA CONTENCIÓN DE RENTAS

### I. *ITER* NORMATIVO

Siguiendo un orden cronológico desde el punto de vista normativo, hemos de comenzar este apartado haciendo alusión al ya derogado Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, Real Decreto Ley 21/2018). Como puede deducirse del propio nombre de la norma, el mencionado Real Decreto Ley tenía por fin mejorar ciertos aspectos relacionados con el acceso a la vivienda, especialmente conectados con el ámbito arrendaticio.

No obstante las buenas intenciones reflejadas a lo largo de su exposición de motivos, el Real Decreto Ley 21/2018 no fue objeto de convalidación, quedando derogado por la Resolución de 22 de enero de 2019 del Congreso de los Diputados<sup>17</sup>. Por lo que a nuestro estudio interesa, conviene tener presente que, según destaca la doctrina, una de las múltiples razones por la que los diputados del ahora conocido como partido de Unidas-Podemos decidieron no convalidar la norma fue la preterición de un sistema de con-

tención de rentas en relación con el contrato de arrendamiento de vivienda<sup>18</sup>. No en balde, la intención de acoger esta medida apareció plasmada en el acuerdo alcanzado por la anteriormente citada formación política y el Partido Socialista para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado del año 2019<sup>19</sup>.

El fracaso del Real Decreto Ley 21/2018 no frenó la actividad normativa en materia arrendaticia. Por el contrario, poco después entró en escena el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler (en adelante, Real Decreto Ley 7/2019) el cual, a diferencia de su antecesor directo, sí que fue convalidado por el Congreso de los diputados, entrando en vigor al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado en virtud de lo dispuesto en la disposición final del citado cuerpo normativo.

Retornando a la cuestión que nos ocupa, se hace necesario señalar que la disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 7/2019 prevé la creación de un «...sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda...» (apartado 1.º), al mismo tiempo que establece que «en sus respectivos ámbitos territoriales, las comunidades autónomas podrán definir de manera específica y adaptada a su territorio, su propio índice de referencia, para el ejercicio de sus competencias y a los efectos de diseñar sus propias políticas y programas públicos de vivienda» (apartado 2.º). Conviene hacer notar, sin embargo, que la mencionada norma no contiene un mandato de limitación de la renta respecto de los contratos de arrendamiento de vivienda, en contra de la medida prevista en el anteriormente citado Acuerdo para la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado del año 2019<sup>20</sup>. Precisamente, esta tesis fue puesta de manifiesto en la STC de 28 de enero de 2020 (RTC 2020\14), luego acogida por la STC de 28 de enero de 2021 (JUR 2021, 41441), al señalar, en relación con los índices de referencia, que «no puede descartarse que se trate de criterios orientadores...», lo que puede traducirse, como destaca CARMONA CONTRERAS aludiendo a la primera de las sentencias citadas, en que estos no serían obligatorios (CARMONA CONTRERAS en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 4)<sup>21</sup>.

Por lo que se refiere al ámbito estatal, la propia disposición adicional segunda del Real Decreto Ley 7/2019 aludía a un plazo de ocho meses desde la entrada en vigor de la norma respecto de la elaboración del citado sistema de índices de referencia<sup>22</sup>. No obstante lo anterior, no ha sido hasta finales de junio de 2020<sup>23</sup> cuando se ha articulado lo que se conoce como «Sistema estatal de índices de referencia del precio del alquiler de vivienda»<sup>24</sup>.

En cuanto a las comunidades autónomas, son algunas las que, con anterioridad a la creación del sistema estatal, ya habían proyectado su propio sistema de referencia respecto de los precios de los contratos de arrendamiento.

miento de vivienda, como es el supuesto de la comunidad catalana, así como el de la Comunidad Valenciana<sup>25</sup>. No obstante lo anterior, resulta necesario resaltar que Cataluña, con el impulso hacia el cambio que la caracteriza, fue más allá, imponiendo la obligatoriedad del límite de los precios en los contratos de alquiler de vivienda de zonas específicas<sup>26</sup>, como tendremos la oportunidad de ver a continuación.

## 2. EL EJEMPLO CATALÁN

### A) Aspectos previos

Un primer paso hacia la limitación de los precios del alquiler de la vivienda en la comunidad autónoma catalana fue el que se dio a partir del Decreto Ley (catalán) 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña en el ámbito de la prenda [en adelante, Decreto Ley (catalán) 9/2019]. Aunque los grupos del *Parlament* se pronunciaron a favor de no convalidar la citada norma<sup>27</sup>, no puede desconocerse, como señala MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2019, La regulación del sistema de contención..., 2 y 3)<sup>28</sup>, que la misma preveía en su artículo 6 un auténtico límite al precio de los contratos de arrendamiento de vivienda respecto de ciertas zonas calificadas como de «mercado tenso» (con la excepción contenida el artículo 10 del mismo cuerpo normativo)<sup>29</sup>.

Transcurridos casi seis meses desde que se alcanzó el Acuerdo de derogación del Decreto Ley (catalán) 9/2019<sup>30</sup>, se promulgó el Decreto Ley (catalán) 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda [en adelante, Decreto Ley (catalán) 17/2019], el cual añadió a la Ley (catalana) 18/2007, de 28 de diciembre, del derecho a la vivienda [en adelante, Ley (catalana) 18/2007] el artículo 68 bis, que hacía alusión de manera directa al sistema de índice de referencia. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que esta vez no se previó la imposición de un límite obligatorio de los precios del alquiler de la vivienda. De este modo, el artículo 68 bis de la Ley (catalana) 18/2007, aún vigente, se limita a señalar la necesidad de elaborar un sistema de índices de referencia que cumpla con ciertos requisitos generales (apartado 1.º)<sup>31</sup>, al mismo tiempo que destaca el deber de la *Generalitat* de «...tener en cuenta el índice de referencia de precios de alquiler de viviendas en el desarrollo de sus políticas públicas en esta materia...» y que advierte que «la arrendadora de una vivienda no se puede beneficiar de las ayudas públicas dirigidas al fomento del alquiler cuando la renta pactada sea superior al índice mencionado» (ambas en el apartado 2.º del citado precepto).

Recientemente, el legislador catalán ha optado por promulgar la Ley (catalana) 11/2020, de 18 de septiembre, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación de la Ley 18/2007, de la Ley 24/2015 y de la Ley 4/2016, relativas a la protección del derecho a la vivienda [en adelante, Ley (catalana) 11/2020]<sup>32</sup>. Así, como establece el artículo 1.1 del citado cuerpo legal, «*el objeto de la presente ley es regular la contención y moderación de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda en los que concurran las siguientes circunstancias: a) Que la vivienda arrendada esté destinada a residencia permanente del arrendatario. b) Que la vivienda arrendada esté situada en un área que haya sido declarada área con mercado de vivienda tenso*», debiendo tenerse en cuenta; no obstante, las excepciones contenidas en el inciso segundo del citado artículo<sup>33</sup>.

La ley catalana toma el relevo al fallido Decreto Ley (catalán) 9/2019 en lo que a la solución de la limitación del precio de los contratos de alquileres de vivienda se refiere. Como puede deducirse del artículo 2 de la Ley (catalana) 11/2020, lo que se persigue con la promulgación de la citada norma es favorecer el arrendamiento en «...*los municipios o partes de municipio que están especialmente en riesgo de no disponer de la suficiente dotación de viviendas de alquiler a un precio asequible...*»<sup>34</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo hasta aquí expuesto, podría llegar a plantearse, como ha hecho un sector de la doctrina<sup>35</sup>, la adecuación de esta medida respecto el derecho de propiedad que reconoce el artículo 33 de nuestra Carta Magna. De este modo, dedicaremos el siguiente apartado a analizar si la contención de rentas en los contratos de arrendamiento de viviendas entra en conflicto con el dominio. Este será el objeto principal de nuestra investigación, sin perjuicio de que, con posterioridad, realizaremos, asimismo, una serie de apuntes sobre el reparto de competencias entre Estado y comunidades autónomas. En este sentido, cabe destacar que FERRER I RIBA propone un esquema similar, sin perjuicio de que tengamos que hacer notar, de un lado, que el autor no se refiere de manera expresa a la Ley (catalana) 11/2020 (el trabajo es anterior a la promulgación de la norma) y, de otro, que este parece dar igual peso en su exposición a la cuestión competencial (FERRER I RIBA en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 5-7).

## *B) La incidencia de la medida catalana sobre el derecho dominical*

Hemos de comenzar nuestro discurso apuntando que en el propio preámbulo de la Ley (catalana) 11/2020 se afirma que la limitación de los precios de los contratos de alquiler de vivienda «...*es una medida congruente con*

*la configuración constitucional del derecho a la propiedad, tal como se define en el artículo 33 de la Constitución...». Aunque la anterior aseveración no despeja per se las dudas que existen sobre la constitucionalidad del sistema de contención de rentas, sí que nos brinda una primera pieza con la que comenzar nuestro análisis al poner el acento sobre la necesidad de que la medida se ajuste a los márgenes delimitados por el constituyente respecto del derecho dominical, esto es, a lo que FERRER I RIBA califica como «parámetros de constitucionalidad» (FERRER I RIBA en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 6).*

El autor citado en el párrafo precedente y CARMONA CONTRERAS sostienen que para esclarecer si la medida ante la que nos hallamos respeta el artículo 33 de la Constitución española, sería necesario analizar, de un lado, si el sistema de contención de rentas (en este caso, el previsto por el legislador catalán) respeta el contenido esencial del derecho de propiedad y, de otro, si se trata de una solución proporcionada conforme a la finalidad que se persigue a través de la adopción de la concreta medida (FERRER I RIBA y CARMONA CONTRERAS en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 3 y sigs.)<sup>36</sup>. Este planteamiento, parece haber sido asumido, asimismo, por DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, quien se ha pronunciado sobre la posibilidad de que se establezca un sistema de limitación de rentas en los contratos de alquiler (DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 7 y 8). De este modo, pasamos a analizar cada uno de los puntos citados con anterioridad.

a) El contenido esencial del derecho de propiedad

Estimamos que el juicio sobre la adecuación de la medida que nos ocupa debe comenzar con un examen sobre el contenido esencial del derecho de propiedad. Sobre este particular debemos tomar como punto de referencia las interpretaciones realizadas por nuestro Tribunal Constitucional que, como apunta AGOUÉS MENDIZÁBAL, no definen qué ha de entenderse por contenido esencial del derecho dominical, sino que, por el contrario, se limitan a ofrecernos diversos criterios tendentes a precisar esta noción (AGOUÉS MENDIZÁBAL, 2005, 17). Así, en la paradigmática STC de 8 abril de 1981 (RTC 1981\11) se señala que para analizar el contenido esencial de cualquier derecho será necesario «...seguir dos caminos...» que, según la sentencia, «...se pueden considerar como complementarios...». De este modo y según se expone en el pronunciamiento anteriormente citado, el contenido esencial podría corresponderse, en un primer momento, con «...aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el

*derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo...»<sup>37</sup>. Al mismo tiempo, sería posible afirmar, en palabras del Tribunal Constitucional, que el contenido esencial puede identificarse con «...aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos»<sup>38</sup>.*

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos de preguntarnos, ¿afecta el sistema de contención de rentas previsto en la norma catalana a alguna de las características por las que se suele reconocer al derecho de propiedad?, ¿el límite de precios de los contratos de alquiler de vivienda en Cataluña desvirtúa los intereses que se protegen a partir del derecho de propiedad? Pasamos a responder ambos interrogantes en dos apartados diferenciados.

a') La rentabilidad del dominio

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones, el dominio, tal y como se concibe en nuestro ordenamiento, se caracteriza por su abstracción<sup>39</sup>, lo cual no puede traducirse, como apunta un sector doctrinal, en «...el vaciamiento perpetuo de todas las facultades atribuidas a su titular»<sup>40</sup>. De este modo, cabría plantear si el sistema de contención de rentas catalán llega a desdibujar los contornos del derecho dominical<sup>41</sup>.

Apriorísticamente, no parece que el derecho del arrendador quede cercenado si se tiene en cuenta que, como vienen a destacar MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 3, 4 y 20)<sup>42</sup> y ALGABA ROS (ALGABA ROS, 2021, 75), en consonancia con la propia Exposición de Motivos de la Ley catalana<sup>43</sup>, se trata de una medida que se halla limitada en el tiempo [*ex artículo 4.2 Ley (catalana) 11/2020*]<sup>44</sup> y en el espacio [*«...área con mercado de vivienda tenso» ex artículo 1.1 b) Ley (catalana) 11/2020*]<sup>45</sup>. Así, podría decirse, en la línea de lo apuntado en su día por IBÁÑEZ MACÍAS, que, en el caso que nos ocupa, «...la medida es ocasional y singular...» (IBÁÑEZ MACÍAS, 1995, 105)<sup>46</sup>. Cabe advertir, sin embargo, que no empleamos aquí el término *singular* en el mismo sentido en el que suele utilizarlo el Tribunal Constitucional, esto es, como un vocablo que se relaciona con las medidas de carácter expropiatorio<sup>47</sup>. Únicamente pretendemos subrayar que se trata de una medida que se halla acotada, ya que no limita el derecho de todos los arrendadores de inmuebles de la comunidad autónoma de Cataluña, sino solo el de aquellos que son propietarios de una vivienda que radique dentro de una de las zonas calificadas como *tensionada*<sup>48</sup>. Al tema de la expropiación nos referiremos más adelante.

No obstante lo señalado en el párrafo precedente, llega el momento de preguntarse, al igual que han hecho un conjunto de autores<sup>49</sup>, si realmente



el simple hecho de limitar los precios del contrato de alquiler de vivienda afecta a la concepción del derecho de propiedad, en tanto que puede incidir sobre la propia rentabilidad del dominio. En este sentido, no puede pasarse por alto lo expuesto por el Tribunal Constitucional en su STC de 17 de marzo de 1994 (RTC\1994\89), donde se pone de manifiesto que *«la utilidad económica de la propiedad dada en arrendamiento implica la percepción de la correspondiente merced arrendaticia, por lo que una disposición que supusiera el vaciamiento del contenido económico de la renta acordada podría representar la vulneración del derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución»*<sup>50</sup>.

La norma catalana no prevé la supresión de la renta; por el contrario, esta establece, como hemos venido señalando, una limitación en los precios encaminada a proteger el derecho a una vivienda digna *ex* artículo 47 CE. En este sentido, el propio legislador catalán aprovecha la exposición de motivos de la Ley para advertir que el articulado del cuerpo legal tutela el *«...derecho del propietario a percibir una utilidad económica razonable por sus bienes»*<sup>51</sup>. De este modo, la adecuación de la norma al texto constitucional pasaría por asegurar, como señala MOLINA ROIG<sup>52</sup> apoyándose en los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, un *«beneficio razonable»* y no un mero *«beneficio mínimo»*<sup>53</sup>.

Siguiendo, en líneas generales, el esquema propuesto por MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 5), cabe detenerse, en un primer momento, en el artículo 6 de la Ley (catalana) 11/2020, que se refiere a la *«determinación de la renta inicial del alquiler»*. El citado precepto prevé que, en relación con los contratos de arrendamiento a los que se aplica la ley, la renta inicial no podrá ser superior al *famoso* índice de referencia o, si la vivienda fue objeto de arrendamiento en los cinco años previos a la promulgación de la norma, a *«...la renta consignada en el último contrato de arrendamiento, actualizada en cualquier caso de acuerdo con el índice de garantía de competitividad, aplicado de forma acumulada en el periodo transcurrido entre la fecha de celebración del anterior contrato de arrendamiento y la fecha de celebración del nuevo contrato...»*.

Los criterios apuntados en el párrafo precedente no son, en opinión de MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 5, 12, 13, 21 y 22), suficientes como para garantizar el aprovechamiento económico del bien por parte del arrendador.

En cuanto al límite basado en el índice de referencia, cabría objetar que puede darse el caso en el que exista una discordancia entre el precio máximo contemplado en el índice de referencia y el valor que esa renta debería tener conforme a las reglas del libre mercado. Ello se producirá, bajo nuestro punto de vista, cuando los índices de referencia se hallen desfasados. En este sentido, conviene tener presente que el diseño de los actuales índices de referencia de Cataluña se ha basado en un estudio realizado entre los años



2017 y 2019<sup>54</sup>, momentos en los que la situación económica y, por tanto, los precios del mercado del alquiler, eran bien distintos a los actuales como consecuencia de la crisis sanitaria<sup>55</sup>, como bien se puso de relieve en un informe publicado por el *Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona*<sup>56</sup>.

En ciudades como Barcelona el precio del alquiler parece haber bajado (en los últimos meses se manejan porcentajes entre el 12%<sup>57</sup> y el 21%<sup>58</sup>)<sup>59</sup>. De este modo, sería conveniente que estos índices fueran objeto de revisión con el fin de no perjudicar los intereses de ninguna de las partes implicadas, sobre todo si se tiene en cuenta la importancia de los derechos que se hallan en juego (derecho a una vivienda digna y derecho a la propiedad privada).

Del mismo, MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 8 y 14) considera que la Ley (catalana) 11/2020 no cuenta con mecanismos idóneos para calcular, en todo caso, el precio real de la vivienda, teniendo en cuenta que los incisos 4.º y 5.º del artículo 7 del mencionado cuerpo legal prevén el incremento de la renta cuando la vivienda tiene unas «características específicas» (ex artículo 7.4 Ley (catalana) 11/2020)<sup>60</sup>.

Por lo que se refiere al *techo* impuesto por la renta del último contrato de alquiler, la renta puede no coincidir, como apunta MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 5)<sup>61</sup>, con el valor del mercado en aquellos casos en los que exista un contrato que, aunque celebrado con anterioridad, se ha mantenido vigente hasta un momento ulterior al 22 de septiembre del año 2015, esto es, «...cinco años anteriores a la entrada en vigor de la presente ley» [art. 6. Ley (catalana) 11/2020]<sup>62</sup>. Ello se debe a que, como comenta la autora anteriormente citada<sup>63</sup>, el Índice de Garantía de Competitividad (IGC) funciona a través de un sistema de horquilla que se sitúa entre el 0 y el 2%<sup>64</sup>.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, MOLINA ROIG considera que hubiese sido más adecuado desde el punto de vista de la técnica jurídica añadir, en términos similares a la legislación danesa, un nuevo límite al precio de los contratos sujetos a la Ley (catalana) 11/2020, que consistiría en establecer el criterio del «beneficio razonable» (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 5, 12, 13, 21 y 22). El criterio que propone la autora sería, incluso, más efectivo, en nuestra opinión, que el del índice de referencia, ya que, además de los defectos apuntados más arriba, hay que hacer notar, con ALGABA ROS, que si el índice de referencia se basa en los valores del mercado, altos en las «áreas con mercado de vivienda tenso», su aplicación dará lugar, en algunos casos, a la imposición de un límite igualmente elevado (ALGABA ROS, 2021, 77 y 81)<sup>65</sup>.

El problema del criterio del «beneficio razonable» podría residir, bajo nuestro punto de vista, en la propia indefinición de la expresión, de modo que, como el resto de conceptos jurídicos indeterminados, debería ser inter-

pretado caso por caso en vía judicial (precisamente, este parece ser uno de los métodos de limitación de renta que acoge la normativa austriaca)<sup>66</sup>. Tal vez este sea el motivo por el que nuevamente MOLINA ROIG considera que ese límite tendría que partir de un dato objetivo, como el que prevé el ordenamiento jurídico danés (también el austriaco, según NASARRE AZNAR) vía Decreto o el que se establece en la legislación catalana para el alquiler de viviendas de protección oficial *ex* artículo 83.1 *ter* Ley (catalana) 18/2007 (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 13<sup>67</sup>; respecto a la norma austriaca, NASARRE AZNAR, 2013, 224). En similar sentido parece pronunciarse ALGABA ROS, quien cree que lo propio sería que se partiese de un porcentaje objetivo que se hubiese fijado en los presupuestos generales, en este caso, de la comunidad autónoma de Cataluña, tras realizar una ponderación «...entre el importe que señale el índice de referencia y la renta media de las familias según el instituto Nacional de Estadística» (ALGABA ROS, 2021, 83).

Partiendo de lo expuesto, estimamos que lo más adecuado sería acoger un criterio de limitación objetivo que, asegurando la obtención de un beneficio adecuado al arrendador, permitiría a los arrendatarios acceder a la vivienda a través de un precio asumible<sup>68</sup>, teniendo en cuenta que, como destaca ALGABA ROS (ALGABA ROS, 2021, 83), el Parlamento Europeo ha subrayado de manera reciente que «...una vivienda es asequible si el presupuesto restante de su inquilino es cuando menos suficiente para atender otros gastos fundamentales para una vida digna» (punto 35 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021).

En cualquier caso, cabe mencionar que, a falta de esos criterios objetivos, resulta especialmente útil la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, cabe mencionar que uno de los elementos empleados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para apreciar la percepción de un beneficio es el de comprobar que se cubren, en todo caso, los gastos de mantenimiento del propio inmueble<sup>69</sup>. Así, como parece sostener MESSÍA DE LA CERDA, no sería posible que el legislador diseñase una regulación que no permitiese al propietario sufragar los gastos de mantenimiento del bien (MESSÍA DE LA CERDA, 2020, 3439).

Sentado lo anterior, CARMONA CONTRERAS (CARMONA CONTRERAS en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 4 y 5) y QUINTIÁ PASTRANA (QUINTIÁ PASTRANA, 2020, sin página) advierten, sin embargo, que, además de sufragarse los citados gastos, resulta indispensable que la renta no quede excesivamente por debajo de los valores del mercado.

La ley objeto de estudio no impide, en líneas generales, que el propietario obtenga un cierto beneficio de la cosa arrendada. No obstante, tal y como hemos apuntado más arriba, la norma catalana presenta ciertas deficiencias

que dificultan que el arrendador perciba una renta coherente conforme al valor del mercado<sup>70</sup>. Aunque, a diferencia de nosotros, no realiza una distinción entre los supuestos en los que el arrendador percibe un cierto beneficio y los que no, PONCE SOLÉ afirma que no sería descabellado considerar que la ley catalana impone una especie de expropiación sin la consecuente percepción del justiprecio (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), sin página)<sup>71</sup>. No obstante, tal y como señala el autor anteriormente citado, no parece que nos hallemos ante un supuesto expropiatorio, sino, más bien, ante un caso de limitación impuesta al derecho del propietario de la vivienda<sup>72</sup>. Ello es así porque no quedan desdibujados los aspectos esenciales del derecho dominical (realmente se extrae un beneficio económico del bien), sino que, por el contrario, el legislador se limita a incidir sobre un aspecto concreto de la figura dominical, amparándose para ello en la función social del derecho de propiedad<sup>73</sup>.

Es necesario traer a colación la reflexión realizada por BLASCO GASCÓ, quien puso de manifiesto que «...el no aprovechamiento o el aprovechamiento económico nulo no es aprovechamiento» (BLASCO GASCÓ, 2014, 196). En este sentido, nos resulta imprescindible recalcar que el sistema de contención de rentas catalán no destruye el concepto de *aprovechamiento* al que se refiere el mencionado autor. Por tanto, no parece adecuado hablar, con carácter general, de la existencia de una expropiación. En nuestra opinión, solo podría hablarse de una ablación digna de compensación en aquellos supuestos en los que, existiendo un desajuste entre la renta establecida conforme a los criterios de la ley y la renta de mercado, el beneficio obtenido por el propietario fuera, en esencia, antieconómico<sup>74</sup>.

Cosa distinta a la idea expuesta en los párrafos precedentes, es que debido a la limitación que sufre el derecho de propiedad hubiese sido conveniente, como viene a apuntar ALGABA ROS de manera generalizada, establecer ayudas o incentivos como consecuencia del control sobre el precio del contrato de alquiler (ALGABA ROS, 2021, 60)<sup>75</sup>, ya que, de otro modo, la renta se impondría conforme al normal funcionamiento del principio de autonomía privada en virtud de lo dispuesto en el artículo 17.1 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante, LAU)<sup>76</sup>. Así, parece oportuno, a nuestro juicio, retomar el ejemplo de las viviendas de protección oficial. En este sentido, puede decirse que existe un control generalizado sobre el precio de los contratos de alquiler de las viviendas de protección oficial<sup>77</sup>, de modo que el propietario del inmueble no podrá percibir una cantidad superior en concepto de arrendamiento a la establecida al efecto, como bien se pone de manifiesto en diversas normas que se mantienen vigentes en nuestro ordenamiento (por lo que se refiere a la normativa estatal, véase, por ejemplo, la disposición adicional primera

LAU y el artículo 29 Real Decreto 2960/1976, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Legislación de Viviendas de Protección Oficial).

Estas previsiones se fundamentan, claro está, en las especiales características de las viviendas de protección oficial. Debe destacarse, sin embargo, que el control de los precios sobre el alquiler va acompañado de una serie de incentivos y ayudas destinadas al arrendador (véase el artículo 9 Real Decreto 2960/1976). De este modo, la Administración *compensa*, en cierto sentido, al propietario de la vivienda por incidir sobre la renta del contrato de arrendamiento.

En la norma catalana no se prevé realmente ningún tipo de compensación frente al control del precio de los contratos de arrendamiento de vivienda celebrados en las zonas declaradas como «*mercado de vivienda tenso*». Es cierto que, como hemos tenido la oportunidad de exponer, los criterios que la ley prevé para la fijación del precio inicial de los contratos de arrendamiento permiten que el arrendador aproveche económicamente el bien arrendado en la mayor parte de los casos. Ahora bien, parece que el legislador catalán ha querido hacer caer en el arrendador todo el peso de la medida sin establecer de forma paralela unos adecuados mecanismos encaminados a paliar el control sobre los precios<sup>78</sup>, a diferencia de lo que ocurre, de manera general, en el ámbito de las viviendas de protección oficial.

Efectivamente, la norma catalana prevé algunas medidas que, en nuestra opinión, parecen estar destinadas a proteger el derecho del arrendador [entre otros, artículos 6.3, 7.3, 7.4, 10, 11 de la Ley (catalana) 11/2020]<sup>79</sup>. No obstante, realmente no se establecen unos auténticos incentivos cuya finalidad sea la de *compensar*, en cierta medida, al arrendador por la limitación de la renta<sup>80</sup>.

Precisamente los incentivos juegan un especial papel en los sistemas referenciados no obligatorios<sup>81</sup>, como es el caso de la Comunidad Valenciana con deducciones en el IRPF<sup>82</sup>. En este sentido, hay quien como, por ejemplo, NASARRE AZNAR sostiene que hubiese sido más recomendable partir de la voluntariedad de la medida (control de renta no obligatorio) unida a un abanico de incentivos<sup>83</sup>.

Sentado lo anterior, puede concluirse que, con carácter general, la Ley catalana no desdibuja el derecho de propiedad, ajustándose al régimen establecido por nuestra Constitución en su artículo 33<sup>84</sup>. Así, cabría afirmar que el límite impuesto por el legislador catalán no implica, en líneas generales, «...una supresión del derecho sino, en todo caso, una afectación de su contenido que no lo hace desaparecer ni lo convierte en irreconocible...»<sup>85</sup>. Ahora bien, sería conveniente, en consonancia con lo expuesto por MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 4 y sigs.), mejorar algunos puntos de la ley con el fin de garantizar el respeto, en todo

caso, del contenido esencial del derecho de propiedad del arrendador. Podría conseguirse este objetivo a partir de la adopción del límite del «beneficio razonable» al que se refería la autora. Al mismo tiempo, estimamos que no estaría de más que el legislador estableciese mecanismos que funcionasen a modo de incentivo como consecuencia de la limitación del precio del alquiler en cierto tipo de contratos.

#### b') La propiedad privada y su función social

En el apartado anterior hemos tenido la oportunidad de aplicar el primero de los criterios empleados por el Tribunal Constitucional para concretar la noción del contenido esencial de un derecho. En este sentido, pasamos a examinar el segundo de los métodos a los que, respecto de la cuestión que nos concierne, alude el máximo intérprete de la Constitución en su STC de 8 abril de 1981 (RTC 1981\11). Así, el criterio que abordaremos a continuación será el de los «*intereses jurídicamente protegidos*»<sup>86</sup>.

Es necesario plantearse, por tanto, si la medida de contención de rentas prevista en la ley catalana implica una desprotección de los intereses tutelados en virtud del derecho de propiedad<sup>87</sup>.

En este punto nos parece pertinente partir de unas reflexiones generales. De este modo, hemos de comenzar nuestro discurso alejándonos de la tradicional concepción del derecho de propiedad como un derecho que parece tender hacia la absolutividad<sup>88</sup>. Esta visión reduccionista del estatuto del propietario ha sido superada gracias a la consagración de la función social en nuestra Constitución (art. 33.2 CE)<sup>89</sup>.

En consonancia con lo anterior, en la STC de 26 de marzo 1987 (RTC\1987\37) se pone de manifiesto que «*la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes*». Con el razonamiento expuesto, no se pretende realizar una identificación entre el derecho de propiedad y la propia función social<sup>90</sup>. Por el contrario, se quiere poner de relieve que los intereses del propietario no pueden proyectarse de manera omnímoda, esto es, sin tomar en consideración las necesidades de carácter colectivo<sup>91</sup>.

Parece apropiado traer aquí a colación una reflexión de CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI (CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, 2006, 235), quien analiza la tesis de BENTHAM respecto del derecho de propiedad, que viene

a proclamar, en grandes líneas, que el dominio no es un derecho natural (BENTHAM, 1981, 118 y 119). En este sentido, CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, al aproximarse a la postura de BENTHAM, afirma que «... el legislador debe llevar a cabo un balance entre el respeto a la estructura existente de expectativas, que entraña un cierto grado de bienestar, y el movimiento hacia una distribución que permita un mayor grado del mismo» (CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, 2006, 235). En este sentido, podemos afirmar que el modelo de propiedad que recoge nuestra Constitución trata de garantizar la consecución de una serie de aspiraciones sociales sin sacrificar en exceso los derechos del propietario<sup>92</sup>, lo que no puede interpretarse más que como otra manifestación de la proclamación de España como «...un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político» (art. 1.1 CE). Del mismo modo, se hace necesario conectar estos razonamientos con el mandato del artículo 9.2 de nuestra Constitución, que establece que «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*».

Sobre el punto que nos ocupa resulta particularmente interesante el razonamiento esbozado en la STS de 29 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6551), donde se señaló que el sistema de congelación de rentas no violaba el derecho a la propiedad privada, en tanto que la medida se tomó en consonancia con la función social y atendiendo a la necesidad de «...potenciar el mercado de los arrendamientos urbanos como pieza básica de una política de vivienda orientada por el mandato constitucional consagrado en el artículo 47, de reconocimiento del derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuada...»<sup>93</sup>.

Parece que el legislador catalán ha tenido en cuenta la premisa expuesta en el párrafo precedente, ya que en su exposición de motivos menciona que la ley, siendo respetuosa con el derecho del propietario, trata de garantizar, al mismo tiempo, el derecho que tienen todos los ciudadanos a acceder a una vivienda en condiciones<sup>94</sup>. De este modo, la norma catalana, siguiendo el razonamiento expuesto en las sentencias anteriormente citadas, señala, de nuevo en su exposición de motivos, que «*la jurisprudencia constitucional ha reiterado que el contenido esencial de la propiedad inmobiliaria exige compaginar el derecho del propietario a percibir una utilidad económica razonable por sus bienes, que está garantizado por la presente ley, con el cumplimiento de la función social de los bienes destinados a vivienda, que puede suponer la imposición de condiciones y restricciones adecuadas a la naturaleza de dicha función social establecida por la Constitución*».

En efecto, todo parece apuntar a que los intereses colectivos, encarnados a través de la necesidad de dar salida a la crisis habitacional, son adecuadamente protegidos a través del articulado de la Ley (catalana) 11/2020<sup>95</sup>. Pero, de nuevo, ¿qué ocurre con el arrendador?

Tal y como expusimos en el apartado anterior, el derecho del titular dominical queda, aparentemente, salvaguardado, sin perjuicio de que deba admitirse que la ley, al igual que otras normas que se ocupan de la materia arrendaticia<sup>96</sup>, está eminentemente diseñada para dar satisfacción al derecho del arrendatario<sup>97</sup>. Resulta lógico, sin embargo, que una ley que regula una limitación sobre el precio de los contratos de alquiler se ocupe, en mayor medida, de tutelar de manera especial la posición del arrendatario, más si se tienen en cuenta las especiales circunstancias en las que nos encontramos debido a la situación económica y sanitaria<sup>98</sup>. Tal circunstancia no incurre, bajo nuestro punto de vista, en lo que en algunos trabajos se viene calificando como fenómeno de la legislación «pendular» en materia arrendaticia (se tiende a favorecer al arrendador y en otras ocasiones al arrendatario)<sup>99</sup>.

Podríamos concluir, por tanto, que, como afirma ALGABA ROS, «...la fijación de una limitación de los frutos de la propiedad de una finca en la que se fija una vivienda para favorecer el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, no desdibuja el contenido esencial del derecho de propiedad pues la función social del mismo lo impide» (ALGABA ROS, 2021, 56 y 57). Debemos advertir, sin embargo, que será necesario atender a la concreta medida limitativa de que se trate<sup>100</sup>, ya que, como expusimos más arriba, la función social no puede amparar la aniquilación del aprovechamiento económico característico del derecho de propiedad, salvo que nos encontremos, claro está, ante un caso de expropiación con el correspondiente abono del justiprecio.

b) La contención de rentas catalana, ¿una medida proporcionada?

El Tribunal Constitucional llegó a afirmar en su STC de 16 de diciembre de 1996 (RTC 1996\207) que «...para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”».



Es cierto que el derecho de propiedad no se configura como un derecho fundamental; no obstante, tanto la doctrina<sup>101</sup> como el propio Tribunal Constitucional<sup>102</sup> entienden que el «test de proporcionalidad en sus tres escalones» debe aplicarse respecto de las limitaciones que se proyecten sobre el dominio. Siguiendo, en gran medida, el esquema propuesto por PONCE SOLÉ (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), sin página)<sup>103</sup>, pasamos a analizar brevemente cada una de los elementos del test al que nos hemos referido.

a') Idoneidad

El principal objetivo de la ley es, en puridad, el de facilitar el acceso a la vivienda a través del contrato de alquiler en determinadas zonas de la comunidad autónoma de Cataluña<sup>104</sup>. Teniendo en cuenta esta premisa, todo parecería indicar, como sostiene PONCE SOLÉ (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), sin página) que la medida de contención de rentas es adecuada a la meta que persigue la Ley (catalana) 11/2020, ya que limitar los precios de los contratos de alquiler en ciertas áreas geográficas puede permitir que parte de la población pueda ver satisfecho su derecho a la vivienda. Esta postura difiere, sin embargo, de la mantenida por la *Autoritat Catalana de la Competència*, la cual puso de manifiesto que el *techo* que se impondría al precio de los contratos de alquiler solo conseguiría el efecto contrario al que se persigue<sup>105</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, la medida se adapta al objetivo perseguido, no siendo distinta, al menos en términos de idoneidad, de cualquier otra regulación estatal que se haya acometido en el ámbito arrendaticio. Si se siguiese el planteamiento expuesto por la *Autoritat Catalana de la Competència*, el legislador estatal tampoco podría haber regulado aspectos como la prórroga forzosa a la que se refiere el artículo 9.1 LAU, ya que podría alegarse aquí, igualmente, que la medida desincentiva o frustra las expectativas de los arrendadores<sup>106</sup>.

Cuestión distinta a la anterior es, como destaca PONCE SOLÉ, la de si esta ley resolverá de manera efectiva todos los aspectos relacionados con el problema habitacional en Cataluña<sup>107</sup>, esto es, si el legislador «...*ha escogido la mejor solución del problema...*»<sup>108</sup>. Así no conviene perder de vista que, por ejemplo, en Alemania, en Francia o en Nueva York las medidas previstas sobre contención de rentas no han permitido alcanzar, en todo caso, el resultado anhelado<sup>109</sup>.

Nos ha parecido tremendamente útil el estudio realizado por LÓPEZ RODRÍGUEZ y MATEA ROSA, quienes, tras realizar un análisis de di-



versas teorías económicas y del funcionamiento del mercado arrendaticio en distintos Estados, concluyen que limitar el precio del alquiler de vivienda tiene un resultado positivo a corto plazo, lo que contrasta con las consecuencias negativas que esta medida puede tener si se prolonga en el tiempo (LÓPEZ RODRÍGUEZ y MATEA ROSA, 2020, 21, 23, 46 y 47)<sup>110</sup>.

En cualquier caso, debe concluirse que los efectos de la medida solo podrán apreciarse a través del paso del tiempo<sup>111</sup>. Por el momento, cabe señalar que algunos periódicos (entre otros, La Razón<sup>112</sup> y La Vanguardia<sup>113</sup>), apoyándose en un estudio realizado por el portal inmobiliario Idealista<sup>114</sup>, han resaltado que desde que se promulgó la Ley (catalana) 11/2020 la oferta de alquileres ha comenzado a descender en la comunidad autónoma de Cataluña. Nosotros, sin embargo, nos mostramos más conformes con algunas de las ideas vertidas en un artículo del periódico El Diario, donde se pone de manifiesto que, por el momento, no es posible extraer conclusiones sobre la aplicación de la norma por diversos motivos, que pueden condensar, en líneas generales, en a) la cuestión temporal (la norma no tiene ni un año de recorrido; téngase en cuenta la fecha de remisión de este trabajo), b) el contexto actual (crisis sanitaria y desestabilidad económica) y c) la inexistencia de datos oficiales (no podemos basarnos en el estudio de un portal de ofertas inmobiliarias para extraer conclusiones tan relevantes como los efectos que produce una ley)<sup>115</sup>.

A mayor abundamiento, no puede pasarse por alto el hecho de que, como apuntamos más arriba, la medida tiene un carácter temporal. De este modo, estimamos que los efectos negativos derivados de la declaración de una zona tensionada tenderían a corregirse una vez transcurriera el periodo de «...cinco años desde la publicación de la declaración en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya»» [art. 4.2 Ley (catalana) 11/2020] o, en su caso, el tiempo de prórroga fijado al efecto [art. 4.3 Ley (catalana) 11/2020]. Del mismo modo, conviene recordar que «la declaración de un área con mercado de vivienda tenso puede ser revisada, para acortar su duración o para dejarla sin efecto, si cambian las circunstancias que la motivaron...» [Art. 4.3 Ley (catalana) 11/2020].

En cualquier caso y retomando la reflexión apuntada por LÓPEZ RODRÍGUEZ y MATEA ROSA acerca del impacto de la medida a lo largo del tiempo (LÓPEZ RODRÍGUEZ y MATEA ROSA, 2020, 21, 23, 46 y 47), tal vez sería conveniente como propuesta *de lege ferenda* establecer un plazo inferior al de los cinco años, teniendo en cuenta, sin embargo, que, como apuntamos más arriba, la norma tiene que tener un cierto (suficiente) recorrido temporal que permita alcanzar los objetivos previstos en su articulado.

Sentado lo anterior, puede concluirse que, aun no pudiendo calificarse como una solución «milagrosa» (por otro lado, ninguna medida lo es)<sup>116</sup>,

el sistema de contención de rentas parece cumplir con los estándares de idoneidad.

b') Necesidad

Como bien pone de manifiesto DE LOS MOZOS, la existencia de una función social de la propiedad no equivale a que el legislador pueda articular medidas legislativas irracionales mediante la invocación de aquella (DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, 1994, 932 y 933)<sup>117</sup>.

Centrándonos en la necesidad de la medida prevista por la norma catalana, cabría plantearse si podría conseguirse un resultado similar al propuesto por la ley mediante mecanismos menos gravosos<sup>118</sup>, como afirma con contundencia la *Autoritat Catalana de la Competència*<sup>119</sup>. En este sentido, resulta claro que existen diversas medidas encaminadas a facilitar el acceso a la vivienda, como pueden ser las distintas fórmulas que pueden acogerse en el ámbito arrendaticio<sup>120</sup>, medidas de carácter fiscal<sup>121</sup> e, incluso, el aumento del parque de vivienda<sup>122</sup>.

Conectando con lo anterior, resulta necesario destacar aquí que, tal y como se recoge en el Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, el cual se apoya a su vez en datos facilitados por el Instituto Nacional de Estadística, las 290 000 viviendas sociales existentes en nuestro país únicamente representan «...un 1,6% de los 18,6 millones de hogares que habitan en España»<sup>123</sup>. En este sentido, resulta pertinente resaltar que durante los últimos años se aprecia una caída de la vivienda protegida en España<sup>124</sup>, así como de su promoción por el sector público<sup>125</sup>.

Desde una perspectiva europea, cabe señalar que, a partir de los datos extraídos del Eurostat y del Observatorio *Housing Europe*, el Observatorio de Vivienda y Suelo ha venido a poner de relieve que el parque de vivienda social con el que cuenta España (2,5%) se halla por debajo de la media europea (9%)<sup>126</sup>, lo que contrasta, desde luego, con la proporción de viviendas existentes en nuestro país (el quinto del *ranking* europeo)<sup>127</sup>. Del mismo modo, no solo resulta alarmante que, según destaca el Observatorio de Vivienda y Suelo, basándose en datos ofrecidos por el Eurostat, España invierta tan poco en vivienda social (35,4 euros por habitante de manera anual)<sup>128</sup>, sino también lo es el hecho de que, además, esta inversión disminuyó en un -39,1% entre la década que abarca desde el año 2007 hasta el año 2017<sup>129</sup>.

En cualquier caso, también es cierto que, como dice PONCE SOLÉ (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), sin página), en estos últimos años se han adoptado desde Cataluña medidas que, siendo más tímidas, no han conseguido resol-

ver el problema habitacional que asola a la citada comunidad autónoma<sup>130</sup>. A nuestro parecer, podría citarse aquí, por ejemplo, el artículo 73 de la Ley (catalana) 18/2007, cuyo rótulo reza «*objetivo de solidaridad urbana*».

A mayor abundamiento, cabe mencionar que, según se puso de relieve en un Cuestionario sobre vivienda social del año 2019 que el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana facilitó a las comunidades autónomas y a las entidades locales con una población por encima de los 20000 habitantes, en ciudades catalanas como Barcelona (ocupa el primer puesto del *ranking* en relación con las entidades que han respondido al cuestionario), Terrassa y Sabadell existe un amplio parque de vivienda social que se destina, en su mayor parte, a arrendamiento<sup>131</sup>. Del mismo modo, se hace necesario poner de manifiesto que durante el ejercicio de 2019, el Ayuntamiento de Barcelona fue uno de los que más invirtió en materia de vivienda (64657172 de euros)<sup>132</sup>, siendo únicamente superado por el Ayuntamiento de Madrid (161645870 de euros)<sup>133</sup>.

En líneas similares, el mencionado cuestionario reveló, según se especifica nuevamente en el Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, que Cataluña ocupa el quinto lugar en el *ranking* sobre el parque de vivienda de comunidades y ciudades autónomas que se halla destinado a usos sociales<sup>134</sup>. En el mismo Boletín se puso de manifiesto que, según los datos proporcionados por el Ministerio de Hacienda, respecto al presupuesto consolidado relativo al ejercicio de los años 2018 y 2019, Cataluña fue una de las comunidades autónomas que destinó más recursos al ámbito de la vivienda<sup>135</sup>.

Curiosamente, lo expuesto en el párrafo precedente contrasta con el hecho de que la comunidad autónoma de Cataluña ocupa la duodécima posición de las diecisiete comunidades autónomas en cuanto al gasto en vivienda social por habitante entre los años 2002 y 2019<sup>136</sup>. No obstante lo anterior, aquí conviene tener presente que, como se indica en el ya citado Boletín, se habla de «...cifras medias de todo el periodo, por lo que no reflejan las dinámicas de los últimos años...»<sup>137</sup>.

En cualquier caso, los datos reflejan que, en su conjunto, la comunidad autónoma y las entidades locales sitas en la mencionada región ocupan la tercera posición del *ranking* relativo a la inversión que durante el año 2019 las comunidades autónomas y los entes locales de España realizaron en el ámbito de la vivienda (316,6 millones de euros)<sup>138</sup>. Debe matizarse, sin embargo, que la inversión en vivienda catalana (comunidad autónoma y ayuntamientos) resultó ser inferior a la medida nacional durante el año 2019 (41,3 euros por habitante en Cataluña frente a los 48,9 euros por habitantes de media)<sup>139</sup>.

También conviene tener en cuenta aquí que, como afirman NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, «...es importante no solo ampliar el parque de

vivienda social de alquiler, sino trabajar al tiempo por un modelo de renta referenciada...» (NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, 2018, Parámetros para un nuevo marco..., 264)<sup>140</sup>. Cuestión distinta es, bajo nuestro punto de vista, que haya quien, como el propio NASARRE AZNAR (NASARRE AZNAR, 2020, 22 y 23), no esté de acuerdo con la forma en la que se ha acometido la regulación de la medida.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podría decirse que la Ley (catalana) 11/2020 parece superar esta fase del test de proporcionalidad<sup>141</sup>.

c') Proporcionalidad *sensu stricto*

Por último, es necesario analizar si la medida es proporcionada, lo que nos lleva a plantear, con un sector doctrinal<sup>142</sup>, la discusión sobre el «*justo equilibrio*»<sup>143</sup> de los intereses en juego, el cual termina por desaparecer, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «...*si la persona afectada tiene que sufrir «una carga singular y excesiva»...*»<sup>144</sup>. De este modo, no es de extrañar que el citado órgano jurisdiccional venga exigiendo que se dé «...*una relación de razonable proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida...*»<sup>145</sup> por el legislador.

Este equilibrio de intereses, al que se refiere de manera específica la doctrina<sup>146</sup>, parece quedar reflejado, asimismo, en el punto 40 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, en la cual se solicita «...a los Estados miembros y a las autoridades regionales y locales que establezcan disposiciones legales, incluidas normativas de alquiler claras, que protejan los derechos de los inquilinos y de los propietarios que ocupan sus propias viviendas, que fomenten la seguridad tanto para los propietarios como para los inquilinos...».

Teniendo en cuenta lo anterior, el legislador catalán se adelanta a cualquier tipo de objeción haciendo alusión a ese «*equilibrio razonable*» y al «*principio de proporcionalidad*» (exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020) a los que nos referíamos más arriba.

Conviene apuntar aquí que, aunque no realiza un estudio específico sobre la Ley (catalana) 11/2020, FERRER I RIBA menciona una serie de indicios que, con carácter general, pueden ser tenidos en cuenta en la realización de un juicio de proporcionalidad sobre una medida de contención de rentas (FERRER I RIBA en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 7). Así, el autor estima que se deberán tener en cuenta, entre otros aspectos, la temporalidad de la medida, el ámbito de aplicación (general o específico), la afección económica del derecho de propiedad<sup>147</sup>.

Partiendo de lo expuesto en el párrafo precedente, creemos que el problema reside, como apunta MOLINA ROIG<sup>148</sup>, en el hecho de que, en la

práctica, no todas las zonas de las áreas que han sido declaradas como tensas pueden acogerse al sistema de índices de referencia, ya que este solo podrá entrar en juego en aquellos casos en los que exista un cierto número de muestras dentro de un radio específico<sup>149</sup>. Este hecho puede tener su origen en motivos de diversa índole, siendo los más frecuentes, como explica la autora anteriormente citada, a) los casos en los que no exista un número suficiente de viviendas en un determinado radio o, de manera más habitual, b) los supuestos en los que el contrato de arrendamiento no se haya formalizado<sup>150</sup>. Nosotros podríamos añadir, además, un punto c), que consistiría en los casos en los que se transgreda la obligación de depositar la fianza en el registro administrativo correspondiente.

Teniendo en cuenta lo anterior, estimamos que la medida es algo desproporcionada, en tanto que dentro del colectivo al que afecta (propietarios de viviendas de áreas tensionadas) no afecta a todos por igual<sup>151</sup>. Así, se impone una suerte de gravamen en función de si existen datos para partir del sistema de referencia o, por el contrario, no<sup>152</sup>. Este planteamiento podría implicar, ciertamente, una conculcación del artículo 14 de la Constitución española<sup>153</sup>.

Desde nuestra perspectiva, el defecto planteado podría superarse o paliarse [al menos en el supuesto c)] si existiese un mayor control administrativo respecto del depósito de las fianzas en el Registro de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas dependiente del *Institut Català del Sòl*<sup>154</sup>. En este sentido, no creemos que la cuestión resida tanto en que las comunidades autónomas impongan la obligatoriedad del depósito de la fianza en virtud de lo estipulado en la disposición adicional tercera LAU<sup>155</sup>. Así, la normativa catalana [art. 66.3 Ley (catalana) 18/2007 y artículo 3.1 Ley (catalana) 13/1996, de 29 de julio, del Registro y el Depósito de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas y de Modificación de la Ley 24/1991 de Vivienda] ya viene obligando desde hace tiempo a los arrendadores llevar a cabo el mencionado depósito.

Sabiendo que el índice de referencia se obtiene «...a partir de los datos que constan en el Registro de fianzas de alquiler de fincas urbanas y de las características adicionales que se tienen en cuenta para calcular dicho índice en cada momento» [art. 7 Ley (catalana) 11/2020]<sup>156</sup> y que la inexistencia de datos se debe, en buena parte de las ocasiones, al incumplimiento de la obligación de depositar la fianza en el Registro anteriormente mencionado, estimamos que la clave para solventar la situación descrita en los párrafos precedente reside, como hemos señalado, en la mejora de los sistemas de control<sup>157</sup>.

En cualquier caso, debemos finalizar este apartado tomando en consideración, al igual que lo realiza un sector doctrinal<sup>158</sup>, las reflexiones expuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, luego acogidas por el Tribunal Constitucional<sup>159</sup>, en su STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986\2), donde sostiene que «...los Estados contratantes disfrutan de algún margen discrecional

*para determinar si y hasta que punto las diferencias entre situaciones, en otros aspectos análogos, permiten establecer diferencias en la regulación jurídica...»<sup>160</sup>.*

### III. UNA REFLEXIÓN FINAL

Todo parece apuntar a que la medida contenida en la Ley (catalana) 11/2020 respeta, en líneas generales, el derecho del propietario de la vivienda<sup>161</sup>, sin perjuicio de que, como pusimos de manifiesto más arriba, la aplicación de la ley genera diversos problemas en el plano práctico<sup>162</sup>.

Cuestión distinta a la anterior es la de si la Ley (catalana) 11/2020 se adecua al reparto competencial establecido en nuestra Carta Magna<sup>163</sup>. En este sentido, es necesario tener presente que el pasado 26 de enero de 2021, el Tribunal Constitucional se manifestó a favor de admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la Ley por más de cincuenta diputados del Partido Popular<sup>164</sup>. Del mismo modo, cabe señalar que, de manera reciente, el Consejo de Ministros ha adoptado la decisión de interponer un recurso de inconstitucionalidad frente a ciertas normas que se recogen en la Ley (catalana) 11/2020<sup>165</sup>. “[En el momento de efectuar las pruebas de impresión de este trabajo se tiene constancia de que el 7 de octubre de 2021 el Tribunal Constitucional admitió a trámite este recurso. Véase <https://bit.ly/3DBEsky> (Página consultada por última vez el 15 de octubre de 2021)].

En efecto, un vistazo al articulado de la norma autonómica revela que las competencias estatales que pueden verse invadidas son la de la regulación de las «...bases de las obligaciones contractuales...» (art. 149.1.8 CE)<sup>166</sup>, la de las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 CE)<sup>167</sup> y, finalmente, la de la «...legislación procesal...» (art. 149.1.6 CE)<sup>168</sup>. Pasamos a analizar cada uno de estos puntos.

#### 1. COMPETENCIA EN LEGISLACIÓN PROCESAL

La posible vulneración de la competencia estatal en materia procesal se debe a que la Ley (catalana) 11/2020 prevé que el procedimiento para dirimir las cuestiones relacionadas con la determinación de la renta y la devolución del exceso de las cantidades percibidas por el arrendador será, en todo caso, el juicio verbal, sin tener en cuenta, por tanto, la cuantía del procedimiento (deben consultarse la disposición adicional cuarta y la disposición final tercera)<sup>169</sup>.

Hemos de comenzar apuntando que el artículo 130 del Estatuto de Autonomía de Cataluña prevé, en consonancia con lo señalado en el artícu-

lo 149.1.6 de la Constitución española, que será posible promulgar normas de carácter procesal cuando la medida se dicte como consecuencia de las especialidades propias del derecho sustantivo catalán. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que el Tribunal Constitucional ha puesto recientemente de manifiesto que la excepción a la que se refiere la Constitución en su artículo 149.1.6 únicamente permite que las comunidades autónomas implementen «...aquellas innovaciones procesales que inevitablemente se deduzcan, desde la perspectiva de la defensa judicial, de las reclamaciones jurídicas sustantivas configuradas por la norma autonómica en virtud de las particularidades del Derecho creado por la propia Comunidad Autónoma (...), correspondiendo al legislador autonómico o, en su defecto, a quienes asuman la defensa de la Ley en su caso impugnada, ofrecer la suficiente justificación sobre la necesidad de alterar las reglas procesales comúnmente aplicables por venir requeridas por las particularidades del Derecho sustantivo autonómico, salvo que del propio examen de la Ley se puedan desprender o inferir esas «necesarias especialidades» (...)»<sup>170</sup>.

Bajo nuestro punto de vista, la necesidad de obviar la aplicación de las normas procesales comunes (concretamente, el artículo 250 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) no se halla suficientemente justificada en la norma catalana. Así, el legislador catalán se limita a señalar que, actuando dentro de la competencia que le confiere el artículo 130 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, los litigios a los que nos referíamos más arriba serán tramitados a través del procedimiento del juicio verbal, sin perjuicio de apuntar que la ley favorece la resolución extrajudicial de conflictos [disposición final tercera y exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020]. En este sentido, estimamos que lo más probable es que las previsiones contenidas en la disposición adicional cuarta y la disposición final tercera sean declaradas inconstitucionales por inobservancia de lo dispuesto en el 149.1.6 de la Constitución española<sup>171</sup>.

Por otro lado, de manera más que reciente, la Administración General del Estado ha hecho hincapié en que la redacción de los artículos 17 y 18 de la Ley (catalana) 11/2020, así como la de su disposición final cuarta b), implican, de igual modo, una vulneración de la competencia estatal en materia procesal<sup>172</sup>.

## 2. LAS COMPETENCIAS EN MATERIA DE DERECHO CIVIL Y DE REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

Más interesante para nuestro estudio supone plantearse si la medida de contención de rentas que prevé la Ley (catalana) 11/2020 invade, de algún modo, las competencias a las que se refiere el constituyente en los párrafos 8 y 13 del artículo 149.1 de la Constitución española.



Apoyándonos en la estructura propuesta por FERRER I RIBA, se hace necesario señalar que la comunidad autónoma de Cataluña no solo cuenta con competencia para conservar, modificar y desarrollar instituciones que formaban parte de su tradición civil autonómica (ex art. 149.1.8 CE), sino que, según ha puesto de relieve el propio Tribunal Constitucional en su STC de 13 de noviembre de 2019 (RTC 2019\132), puede regular aspectos relacionados con figuras que, no hallándose presentes en su pasado histórico-civil, mantienen algún tipo de conexión con las ya mencionadas instituciones propias (FERRER I RIBA en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 5)<sup>173</sup>. Este planteamiento parece reproducirse en la propia exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020 que, presuponiendo la constitucionalidad de la norma, pone de relieve que «*el Parlamento, que ya reguló los contratos de arrendamiento rústico y otros contratos de cultivo mediante la Ley 1/2008, de 20 de febrero, de contratos de cultivo, incorporada más adelante al Código civil, aborda ahora, en ejercicio de su competencia en derecho civil, de conformidad con el artículo 129 del Estatuto de autonomía, la regulación de los arrendamientos de vivienda*»<sup>174</sup>.

En contraste con lo precedentemente expuesto, cabe hacer notar que el artículo 129 del Estatuto de Autonomía de Cataluña prevé una clara salvedad respecto de lo que el propio precepto denomina como «*...competencia exclusiva en materia de derecho civil...*» y es la de no invadir «*...las materias que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado*». Es precisamente aquí donde entran en juego las «*...bases de las obligaciones contractuales...*» a las que aludíamos más arriba, ya que el artículo 149.1.8 de la Constitución española prevé que se trata de una materia que, con independencia de la competencia atribuida a Cataluña en el ámbito civil, habrá de ser regulada por el derecho estatal<sup>175</sup>.

¿Limitar la renta en ciertos contratos de arrendamiento afecta a las «*...bases de las obligaciones contractuales...*» a las que alude el artículo 149.1.8 de la Constitución española?<sup>176</sup> Sobre este particular ha de traerse nuevamente a colación la STC de 13 noviembre de 2019 (RTC 2019\132), donde se apunta que, en el ámbito del Derecho de Contratos, las bases de las obligaciones tienen que ver con «*...la organización económica...*», «*...las relaciones inter partes...*» y «*...la economía interna de los contratos...*»<sup>177</sup>. De este modo, el legislador autonómico ha de tener especial cuidado a la hora de incidir sobre algunos de los principios básicos en materia de contratos a los que alude el Tribunal Constitucional en la mencionada sentencia. Teniendo en cuenta la temática de nuestro trabajo, destaca aquí, como apuntan FERRER I RIBA, FUENTES-LOJO y SALAS CARCELLER (FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER y FERRER I RIBA en FUENTES-LOJO RIUS, SALAS CARCELLER *et al.*, 2020, 3 y 5)<sup>178</sup>, «*...el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación...*»<sup>179</sup>.



Desde esta perspectiva, podría plantearse si la medida catalana sobre la contención de rentas desdibuja el principio de autonomía privada en el ámbito contractual. Sobre este particular PONCE SOLÉ advierte que la Ley (catalana) 11/2020 no incide sobre el principio de libertad contractual, ya que, de un lado, el arrendador sería libre para decidir si quiere arrendar su vivienda y, de otro, siempre sería posible que las partes llegasen a un acuerdo sobre la renta, sin perjuicio de que esta cuente con un *techo* (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), sin página).

Nosotros, sin embargo, mantenemos una postura que se aleja de los razonamientos expuestos por dos claros motivos. El primero de ellos es que, aunque en puridad el propietario puede decidir si quiere arrendar o no su vivienda, también hay que tener presente la política catalana sobre viviendas vacías contenida en el artículo 42 Ley (catalana) 18/2007<sup>180</sup>. En cualquier caso, hay que admitir que siempre es posible que el propietario, siendo consciente de las penalizaciones que se imponen como consecuencia de la desocupación de la vivienda, decida no arrendar el inmueble por falta de interés económico, pero, por el contrario, opte, por ejemplo, por vender el inmueble<sup>181</sup> o por constituir un derecho de usufructo sobre el mismo.

En cuanto al segundo de los motivos, nos adherimos a la tesis plasmada en el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, donde se señala que la libre fijación de la renta de los contratos de arrendamiento, siendo una clara manifestación de la autonomía privada en sede contractual, es un elemento clave de nuestro Derecho de Contratos, según se pone de manifiesto tanto en el ámbito estatal (art. 17 LAU y art. 1255 CC), como en el propio derecho civil catalán (art. 111-6 CC Cat.)<sup>182</sup>. Es bien cierto que, como apunta PONCE SOLÉ, esa libertad en la determinación de la renta puede sufrir limitaciones legales (PONCE SOLÉ, 2020, ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), sin página), pero también lo que es que, como se señala en el propio Dictamen del *Consell*, esa limitación debe realizarse a través de una ley estatal, ya que nos hallamos ante una auténtica base de las obligaciones contractuales<sup>183</sup>.

En igual sentido, no compartimos la tesis propuesta por ALGABA ROS, quien, acogiendo la postura anteriormente expuesta de PONCE SOLÉ, sostiene que no existe una afectación del principio de autonomía privada, amparándose, sin embargo, en los límites a los que alude el artículo 1255 del Código civil (ALGABA ROS, 2021, 79). De este modo, la autora razona que los particulares no pueden establecer pactos que contravengan el mandato contenido en el artículo 47 de la Constitución española, lo que significaría que les estaría vedado acordar una renta que fuera visiblemente alta<sup>184</sup>.

Obviando, de nuevo, la discusión acerca de la concepción del derecho a la vivienda como un auténtico derecho subjetivo, resulta patente que, como apuntamos con anterioridad, en nuestro ordenamiento rige el principio de

libertad en cuanto a la determinación de la renta. En nuestra opinión, el artículo 47 de la Constitución española no encierra *per se* un mandato de limitación de la renta de los contratos de arrendamiento de vivienda. Cosa distinta es que el legislador estatal (insistimos en el término estatal), amparándose en el precepto constitucional anteriormente citado, así como en la función social que consagra el artículo 33.2 de la Carta Magna, pueda establecer limitaciones legales específicas al principio de autonomía privada o, más concretamente, al principio de libertad contractual en este concreto sector.

A mayor abundamiento, resulta imprescindible señalar que la reciente STC de 28 de enero de 2021 (*JUR* 2021\41441), al examinar constitucionalidad del artículo 8 del Decreto Ley (catalán) 17/2019, puso de relieve que la existencia el sistema de referencia catalán no suponía la invasión de la competencia exclusiva estatal a la que se refería el artículo 149.1.8 de la Constitución española, ya que, según entendía el Tribunal Constitucional, el precepto enjuiciado respetaba «...*la libertad de las partes para fijar la renta del arrendamiento...*», en tanto que quedaba a salvo la posibilidad de fijar «...*un precio superior o inferior al resultante del mencionado índice*». Si el verdadero motivo que llevó al Tribunal Constitucional a negar la injerencia de la comunidad autónoma sobre las competencias del Estado respecto del concreto punto aludido fue precisamente que los índices no incidían sobre la libertad contractual, no quedaría más remedio que confirmar que una norma autonómica que impone un tope al precio del contrato de alquiler conculca lo dispuesto en el artículo 149.1.8 de la Constitución española.

También cabe destacar aquí que, teniendo en cuenta, de un lado, que las bases de las obligaciones de los contratos engarzan con aspectos económicos relativos al propio contrato y, de otro, el peso que tiene la institución arrendaticia en el mercado económico-inmobiliario<sup>185</sup>, podría verse vulnerada, como dijimos más arriba, la competencia exclusiva del Estado para sobre las «*bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica*» (art. 149.1.13 CE)<sup>186</sup>. En este sentido, la *Autoritat Catalana de la Competència* resalta que un sistema de contención de rentas afectaría al mercado en términos de competitividad, en tanto que existiría una afección de los precios<sup>187</sup>. Del mismo modo, desde la Administración General del Estado se ha subrayado de manera reciente que «...*la competencia estatal de las «bases de las obligaciones contractuales» que recoge la Constitución debería ser entendida como una garantía estructural del Mercado único y supone un límite en sí a la diversidad regulatoria que pueden introducir los legisladores autonómicos*»<sup>188</sup>.

### 3. EL INCIERTO FUTURO DEL SISTEMA DE CONTENCIÓN DE RENTAS

Habiendo negado, pues, la competencia catalana respecto de la posibilidad de limitar los precios de los contratos de alquiler, solo nos resta aguardar

el pronunciamiento de nuestro Tribunal Constitucional, además de esperar una iniciativa por parte del legislador estatal<sup>189</sup>, teniendo en cuenta, como destaca nuevamente MOLINA ROIG (MOLINA ROIG, 2020, Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., 18 y 22), que el Partido Socialista y Unidas-Podemos llegaron a un acuerdo a finales del año 2019 en virtud del cual confirmaban su intención de promulgar «...medidas normativas necesarias para poner techo a las subidas abusivas de precios de alquiler en determinadas zonas de mercado tensionado...»<sup>190</sup>.

Desde hace unos meses se ha debatido largo y tendido acerca de la posible promulgación de una ley estatal encaminada a limitar los precios del mercado arrendaticio. Así, mientras que en octubre de 2020 el Gobierno confirmaba que, probablemente, se introduciría la medida de contención de rentas en la futura Ley de Vivienda<sup>191</sup>, en los meses posteriores ha existido un grave desacuerdo entre el Partido Socialista y Unidas Podemos en lo que a la limitación de los precios del contrato de arrendamiento de vivienda se refiere<sup>192</sup>.

En cualquier caso, conviene destacar que en las recientemente aprobadas Directrices generales de la Estrategia de Desarrollo Sostenible<sup>193</sup> se hace alusión a la necesidad de limitar el precio de los contratos de alquiler<sup>194</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

I. La crisis económico-inmobiliaria del año 2008, unida a la crisis sanitaria del Covid-19, ha motivado la aparición de diversas medidas destinadas a solventar el problema habitacional que asola a nuestro país. Entre estas medidas se encuentra la del control del precio de ciertos contratos de arrendamiento de viviendas, regulada por la Ley (catalana) 11/2020.

II. Al analizar la cuestión que nos ocupa, autores como FERRER I RIBA y CARMONA CONTRERAS sostienen que es necesario examinar, de un lado, si la medida de contención de rentas es compatible con el derecho de propiedad privada y, de otro, si imponer un *techo* al precio del alquiler resulta proporcionado.

III. La norma catalana, aunque mejorable en ciertos puntos, es, con carácter general, respetuosa con el derecho a la propiedad privada que reconoce el artículo 33 de la Constitución española. Así, el articulado de la Ley (catalana) 11/2020 no solo permite que, en la mayor parte de supuestos, el arrendador pueda obtener un beneficio adecuado (contenido esencial), sino que, además, impone restricciones fundamentadas en la necesidad de proteger el derecho a la vivienda (función social).

IV. A primera vista, la medida catalana parece superar el «test de proporcionalidad en sus tres escalones». No obstante, a efectos prácticos

es posible encontrar escollos en el tercero de los escalones, esto es, en el juicio de proporcionalidad.

V. En cualquier caso, las dudas sobre la inconstitucionalidad de la medida parecen fundamentarse, más bien, en cuestiones de carácter competencial.

## V. JURISPRUDENCIA CITADA

### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986\2).
- STEDH de 19 de diciembre de 1989 (TEDH 1989\23).
- STEDH de 10 de abril de 1995 (*JUR* 2007, 351836).
- STEDH (Sección 3.<sup>a</sup>) de 28 de enero de 2014 (*JUR* 2014, 22351).
- STEDH (Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 187720).
- STEDH (Sección 5.<sup>a</sup>) de 30 de julio de 2015 (TEDH 2015, 105).

### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 8 de abril de 1981 (RTC 1981\11).
- STC de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987\37).
- STC de 17 de marzo de 1994 (RTC 1994\89).
- STC de 16 de diciembre de 1996 (RTC 1996\207).
- STC de 5 de abril de 2006 (RTC 2006\112).
- STC de 22 de febrero de 2018 (RTC 2018\16).
- STC de 12 de abril de 2018 (RTC 2018\32).
- STC de 13 de noviembre de 2019 (RTC 2019\132).
- STC de 28 de enero de 2020 (RTC 2020\14).
- STC de 28 de enero de 2021 (*JUR* 2021, 41441).

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 29 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 6551).

## VI. BIBLIOGRAFÍA

AGOUÉS MENDIZÁBAL, C. (2005). La función social en la propiedad del subsuelo urbano. *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 73 (I), 11-26.

- ALBALADEJO, M. (2004). *Derecho civil III. Derecho de bienes*. 10 ed. Madrid: Edisofer.
- ALCOLEA, J.M. (2019). Cuestiones clave de la reciente normativa en cataluña para limitar los precios del alquiler. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 192, 39-44.
- ALGABA ROS, S. (2021). El control de renta en el arrendamiento de vivienda. *Indret* [En línea], núm. 1, 46-86, disponible en <https://bit.ly/3mlqRGE> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).
- ALONSO CLEMENTE, A. (2013). El derecho de superficie y función social de la propiedad. La intervención de la administración en el mercado de suelo. *Práctica Urbanística* [En línea], núm. 120, 1-21.
- ALONSO PÉREZ, M.T. (2014) Introducción. En M.T. Alonso Pérez (dir.) *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*. 1.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 51-58.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A. (2005). *Curso de Derecho Civil*. Granada: Comares.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. et al. (2013). *Manual de Derecho civil. Derechos Reales*. Madrid: Bercal.
- ARGELICH COMELLES, C. (2020). Una reformulación del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto Ley 7/2019. *Actualidad civil* [en línea], núm. 1, 1-56.
- AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I. (2014). La dación en pago y otras medidas de protección del deudor hipotecario; en particular, la expropiación temporal de uso de la vivienda habitual. *RJN*, núm. 88-89, 163-216.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988). *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. 1.ª ed. Madrid: Civitas.
- BARRAL I VIÑALS, I. (1994). Un nuevo concepto de propiedad: la función social como delimitadora del derecho. En: *El sistema económico en la Constitución Española Vol. I*. Madrid: Ministerio de Justicia, 637-647.
- (2017). La función social de la vivienda y la propiedad habitacional: Límites impuestos a los propietarios de pisos vacíos. En: J.M. Moltó Darner y J. Ponce Solé (coords.). *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*. Cizur Menor: Aranzadi, 165-182.
- BENTHAM, J. (1981). Tratados de legislación civil y penal, obra extractada de los manuscritos del señor Jeremías BENTHAM T. I 1821, En: *Tratados de legislación civil y penal*. Edición preparada por Magdalena Rodríguez Gil. Madrid: Editora Nacional, 23-155.
- BLASCO GASCÓ, F. de P. (2014). *Instituciones de Derecho civil. Derechos reales. Derecho registral inmobiliario*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CARLÓN RUIZ, M. (2021). La intervención pública en los precios del alquiler de vivienda: una aproximación en clave constitucional. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9815, 1-6.
- CARMONA CUENCA, E. (2006). Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* [En línea], núm. 2, 173-197,

- disponible en <https://bit.ly/3izgwa8> (Página consultada por última vez el 11 de junio de 2021).
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1992). *Derecho Civil Español, Común y Foral T. II Vol. I*, 14.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. Madrid: Reus.
- CRUZ ORTIZ DE LANDÁZURI, L.M. (2006). La constitución social de la propiedad: BENTHAM frente a Locke. *Anuario de filosofía del derecho* [En línea], núm. 23, 219-240, disponible en <https://bit.ly/3x76zEM> (Página consultada por última vez el 10 de junio de 2021).
- DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS, J.L. (1994). Retorno a la *galaxia* de la función social de la propiedad. En *El sistema económico en la Constitución Española Vol. I*. Madrid: Ministerio de Justicia (pp. 927-933)
- DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. (2006) Propiedad y constitución. En *Propiedad y Derecho civil*. Madrid: Centro de Estudios, 13-22.
- DUGUIT, L. [1920?]. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (trad. Posada C. G.), 2.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Madrid: Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2019). La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9357, 1-10.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., LEDESMA IBÁÑEZ, M.P. *et al.* (2019). Nulidad de un pacto de bonificación de renta en un contrato de arrendamiento de vivienda. *Actualidad civil* [En línea], núm. 7-8, 1-9.
- FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.* (2020) ¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda? *Actualidad civil* [En línea], núm. 5, 1-13.
- GARCÍA CANTERO, G. (2014). El (escondido) derecho a la vivienda y su posible actuación por los operadores jurídicos. En: M.T. Alonso Pérez (dir.) *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*. 1.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi, 31-50.
- GARCÍA-QUERO, F.J. (2014). ¿Están los países europeos dando pasos atrás? El caso de España y las políticas neoinjustas. *Revista de Ciencias Sociales* [En línea], vol. 20 núm. 3, 459-470, disponible en <https://bit.ly/3iEQouv> (Página consultada por última vez el 11 de junio de 2021).
- GARCÍA-VALDECASAS y ALEX, F.J. (2020). Propuestas ante la afección de la crisis sanitaria en el arrendamiento de vivienda residencial. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9610, 1-4.
- GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E. (2020). Ley de alquileres en Cataluña. *Món jurídic: revista de l'illustre col·legi de l'advocacia de Barcelona* [En línea], núm. 332, 56-58, disponible en <https://bit.ly/3sHROH3> (Página consultada por última vez el 28 de marzo de 2021).
- HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). La propiedad privada y su función social en la Constitución. *Poder Judicial*, núm. 14, 9-22.
- IBÁÑEZ MACÍAS, A. (1995). La función social de la propiedad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: algunas cuestiones. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, núm. 22, 89-115.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho civil III Derechos reales Vol. I Posesión y propiedad*. 3.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por Luna Serrano, A. Madrid: Dykinson, Madrid.
- LÓPEZ CÁNOVAS, A. (2015). *La propiedad privada inmobiliaria. Bases Constitucionales y Régimen Estatutario del Contenido y Función Social de la Propiedad Urbana y la Propiedad Rústica*. 1.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi.
- LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. de los Llanos (2020). La intervención pública en el mercado de alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional. *Banco de España. Documentos ocasionales* [En línea], núm. 2002, 1-52, disponible en <https://bit.ly/3qR5gHs> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- LASARTE, C. (1977). *Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad*. Bilbao.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, S. (2020). La Ley 11/2020, de 18 de septiembre, limita el precio del alquiler de viviendas en Cataluña. *CESCO* [En línea], 1-9, disponible en <https://bit.ly/3sKy2Kf> (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021).
- MAS FLORES, J.A. (2020). La regulación de los precios del alquiler: un error con consecuencias. *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili* [En línea], núm. 14, 12-13, disponible en <https://bit.ly/2ZNlzc3> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- MESSÍA DE LA CERDA, J.A. (2020). La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. *RCDI*, núm. 782, 3417-3465.
- MIÑARRO MONTOYA, R. (2006). La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad. En: *Propiedad y Derecho civil*. Madrid: Centro de Estudios, 231-261.
- MOLINA ROIG, E. (2019). El Real Decreto Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. *Actualidad civil* [En línea], núm. 3, 1-14.
- (2019). La regulación del sistema de contención de rentas a la luz del Decreto Ley 9/2019. *Actualidad civil* [En línea], núm. 11, 1-21.
- (2020). Análisis de la Ley 11/2020 sobre contención de rentas en Cataluña. *Actualidad civil* [En línea], núm. 12, 1-29.
- (2020). Medidas urgentes sobre arrendamiento de vivienda del Real Decreto Ley 11/2020 para hacer frente al COVID-19. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9620, 1-9.
- MOLTÓ DARNER, J. M. (2017). Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI. En: J. M. Moltó Darner y J. Ponce Solé (coords.). *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*. Cizur Menor: Aranzadi, 34-42.
- MORENO TRAPIELLA, P. (2020). «La moratoria en los arrendamientos de vivienda y suspensión del procedimiento de desahucio, comentario de urgencia del Real Decreto Ley 11/2020, de 30 de marzo». *Diario La Ley* [En línea], núm. 9651, 1-11.
- MOREU CARBONELL, E. (2018). Viviendas vacías. En: M.<sup>a</sup> T. Alonso Pérez (dir.). *Nuevas vías jurídicas de acceso a la vivienda. Desde los problemas generados por la vivienda en propiedad ordinaria financiada con créditos hipotecarios a otras modalidades jurídico-reales de acceso a la vivienda*. Cizur Menor: Aranzadi, 27-72.



- (2020). Función social de la propiedad y viviendas vacías. Diez preguntas y respuestas para el debate. En *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casa sin gente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 183-210.
- NASARRE AZNAR, S. (2013). La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo. *RCDI*, núm. 739, 205-249.
- (2020). Los alquileres de la oclocracia. *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili* [En línea], núm. 14, 22-23, disponible en <https://bit.ly/2ZNlzc5> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- NASARRE AZNAR, S., GARCÍA, M.O. y XERRI, K. (2014). ¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta, *Teoría y Derecho*, núm. 16, 189-214.
- NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018). Parámetros para un nuevo marco de los arrendamientos urbanos de vivienda tras la Nueva Agenda Urbana de Habitat III. En: E. Muñiz Espada *et al.* (dirs.) *Reformando las tenencias de la vivienda: un hogar para tod@s*. Valencia. Tirant Lo Blanch.
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *RCDI*, núm. 739, 3063-3122.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 1999. *Derechos reales. Derecho hipotecario T. I Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PERARNAU MOYA, J. (2019). Los arrendamientos de vivienda tras la reforma de los Decretos Ley 21/2018 y 7/2019. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9395, 1-13.
- PEREÑA PINEDO, I. 2005. La función social del derecho de propiedad. En: F.J. Bastida Freijedo (coord.) *Propiedad y derecho constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (pp.173-193)
- PONCE SOLE, J. (2020). ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), [En línea], sin página, disponible en <http://bit.ly/37IOKSe> (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021).
- (2020). ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), [En línea], sin página, disponible en <http://bit.ly/2OMKNpa> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- QUINTIÁ PASTRANA, A. (2020). Un equilibrio justo: los límites del TEDH a la regulación del precio de los alquileres. En C. Barrero Rodríguez y J.M. Socías Camacho (coords.). *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones y Retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Ibiza 7 y 8 de febrero de 2020*, [En línea], sin página, libro en formato electrónico disponible de forma gratuita en <https://bit.ly/3xF15Ec> (Página consultada por última vez el 22 de junio de 2021).
- Redacción Editorial Grupo Economist & Jurist. (2020). Se prohíbe subir el precio del alquiler en Cataluña: análisis de la nueva Ley 11/2020. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 205, 16-21.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M.ª E. (2013). El reto de la protección de los particulares ante la crisis. En A.M. González Sanfiel (dir.). *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*. Barcelona: Atelier, 157-193.

- (2016). *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*. Cizur Menor: Aranzadi.
- SÁNCHEZ LANUZA, D. (2007). Régimen jurídico del suelo y función social de la propiedad. En L. Parejo Alfonso (dir.). *Veinte años de derecho urbanístico (Texto adaptado a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo)*. Madrid: Montecorvo, 313-321.
- TORNOS MAS, J. (2015). El acceso a la vivienda, la nueva función social del derecho de propiedad y el recurso a medidas de naturaleza expropiatoria, sancionadora e impositiva. En: J. Tornos Mas y I. Barral Viñals (dirs.). *Vivienda y crisis: ensayando soluciones: jornadas celebradas en Barcelona, 19 y 20 de noviembre de 2014*, Barcelona: Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, 47-65.

## VII. PÁGINAS WEB

- <https://bit.ly/3pd6c7v>; (Página consultada por última vez el 12 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/3d2pg5X>; (Página consultada por última vez el 12 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/3b8dOTU>; (Página consultada por última vez el 13 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/3dmfbkr>; (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/3pv3Ukn>; (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/37qeeUx>; (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/2OEuElu>; (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/2NFGFH6>; (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/3qJr47Q>; (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/3khJWIT>; (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/2ZPYsy8>; (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/3q1XSIh>; (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- <http://bit.ly/3r7GyTz>; (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).

- <http://bit.ly/3q0IXOw>; (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/3qW9Lka>; (Página consultada por última vez e 25 de febrero de 2021).
- <https://bit.ly/307z473>; (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021).
- <https://bit.ly/382mlH4>; (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021).
- <http://bit.ly/3bdWBte>; (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).
- <https://bit.ly/3kLJeIL>; (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).
- <http://bit.ly/3rhnuSN>; (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).
- <https://bit.ly/3tODH2J> (Página consultada por última vez el 22 de marzo de 2021).
- <https://bit.ly/3fLlBL0> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).
- <https://bit.ly/3rTrQyT> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).
- <https://bit.ly/3fJcRVX> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).
- <https://bit.ly/2PxxAvb> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).
- <https://bit.ly/2PFpt5C> (Página consultada por última vez el 7 de abril de 2021).
- <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).
- <https://bit.ly/3gLA4p4> (Página consultada por última vez el 18 de junio de 2021).
- <https://bit.ly/3cSGDW0> (Página consultada por última vez el 19 de junio de 2021).
- <https://bit.ly/3xDal9f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

## NOTAS

<sup>1</sup> GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 32.

<sup>2</sup> GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 32.

<sup>3</sup> <http://bit.ly/3rhnuSN> (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).

<sup>4</sup> Sobre esta cuestión puede consultarse la síntesis que realiza GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 37 y sigs. En contra se pronuncian, por ejemplo, TORNOS MAS, J. (2015). El acceso a la vivienda, la nueva función social del derecho de propiedad y el recurso a medidas de naturaleza expropiatoria, sancionadora e impositiva. En: J. Tornos Mas y I. Barral Viñals (dirs.). *Vivienda y crisis: ensayando soluciones: jornadas celebradas en Barcelona, 19 y 20 de noviembre de 2014*, Barcelona: Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña, 49 y 50. ALONSO CLEMENTE, A. (2013). El derecho de superficie y función social de la propiedad. La intervención de la administración en el mercado de suelo. *Práctica Urbanística* [En línea], núm. 120, 1.

<sup>5</sup> El derecho a la vivienda viene siendo calificado como un derecho de segunda generación que, a diferencia de los derechos de primera generación, no implican una actitud pasiva, sino, por el contrario una actitud activa por parte de los poderes públicos (derechos de prestación), lo que se suele traducir en una serie de inconvenientes a la hora de darles cobertura en la práctica. Para extraer estas conclusiones se han consultado las siguientes obras: GARCÍA-QUERO, F. J. (2014). ¿Están los países europeos dando pasos atrás? El caso de España y las políticas neoinjustas. *Revista de Ciencias Sociales* [En línea], vol. 20 núm. 3, 459 y sigs., disponible en <https://bit.ly/3iEQouv> (Página consultada por última vez el 11 de junio de 2021); CARMONA CUENCA, E. (2006). Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas* [En línea], núm. 2, 176 y 177, disponible en <https://bit.ly/3izgwa8> (Página consultada por última vez el 11 de junio de 2021).

En relación con lo anterior, parece interesante la postura de NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, quienes vienen a señalar que este encuadre no sirve para fundamentar la continuada preterición de los poderes públicos respecto del derecho a una vivienda digna. NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda y el Derecho civil. En: E. Muñiz Espada et al. (dirs.) *Reformando las tenencias de la vivienda: un hogar para tod@s*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 195.

<sup>6</sup> GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 33; TORNOS MAS, J., *ob. cit.*, 48 y 65; ALGABA ROS, S. (2021). El control de renta en el arrendamiento de vivienda. *Indret* [En línea], núm. 1, 48, disponible en <https://bit.ly/3mlqRGE> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021); PONCE SOLÉ, J. (2020). ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), [En línea], sin página, disponible en <http://bit.ly/37I0KSe> (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021).

<sup>7</sup> Concretamente, en el Considerando A de la Resolución citada en el texto principal se señala que «...el acceso a una vivienda adecuada constituye un derecho fundamental y debe considerarse una condición previa para ejercer y obtener el acceso a los demás derechos fundamentales y a una vida digna...».

<sup>8</sup> Por ejemplo, GARCÍA CANTERO, G., *ob. cit.*, 33.

<sup>9</sup> La bibliografía relativa al impacto de la crisis económica de 2008 sobre el derecho de vivienda es inabarcable, baste citar aquí que se hace mención al tema de las ejecuciones hipotecarias en ALONSO PÉREZ, M.T. (2014) Introducción. En: M.T. Alonso Pérez (dir.) *Vivienda y crisis económica (Estudio jurídico de las medidas propuestas para solucionar los problemas de vivienda provocados por la crisis económica)*. 1.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 51.

<sup>10</sup> ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 48 y 49; FUENTES-LOJO RIUS, A. y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. et al. (2020) ¿Es constitucional una medida legal de limitación del precio de contratos de arrendamiento de vivienda? *Actualidad civil* [En línea], núm. 5, 4, 7 y 9; MARTÍNEZ

GÓMEZ, S. (2020). La Ley 11/2020, de 18 de septiembre, limita el precio del alquiler de viviendas en Cataluña. *CESCO* [En línea], 1, disponible en <https://bit.ly/3sKy2Kf> (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021). También parece apuntarse este hecho en CARLÓN RUIZ, M. (2021). La intervención pública en los precios del alquiler de vivienda: una aproximación en clave constitucional. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9815, 1.

Este punto se destaca, asimismo, en la exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020, que tendremos la oportunidad de examinar en este trabajo.

<sup>11</sup> Con respecto al arrendamiento, véase GARCÍA-VALDECASAS y ALEX, F. J. (2020). Propuestas ante la afección de la crisis sanitaria en el arrendamiento de vivienda residencial. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9610, 3. También DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 7 y 9; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 48. También se pone de relieve este aspecto en la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021 (Considerandos N, Q, R, S, AL). Del mismo modo, toda esta situación se pone de manifiesto en la exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020, que analizaremos detenidamente en este estudio.

Sobre cómo ha afectado la pandemia al arrendamiento, véase, asimismo, la página 16 del Informe núm. 20/299 del Fondo Monetario Internacional, disponible en <https://bit.ly/2PFpt5C> (Página consultada por última vez el 7 de abril de 2021).

<sup>12</sup> Esta última idea se pone de manifiesto, por ejemplo, en TORNOS MAS, J., *ob. cit.*, 51. También en MESSÍA DE LA CERDA, J.A. (2020). La función social de la propiedad de la vivienda y las normativas autonómicas. *RCDI*, núm. 782, 3418; NASARRÉ AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018). La política de vivienda.... 197. Sobre algunas de las medidas que se propusieron en el campo *iusprivatista*, véase SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E. (2013). El reto de la protección de los particulares ante la crisis. En A.M. González Sanfiel (dir.). *El derecho ante la crisis: nuevas reglas del juego*. Barcelona: Atelier, 163 y sigs.; SÁNCHEZ JORDÁN, M.<sup>a</sup> E., (2016). *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial, su aplicabilidad a las deudas derivadas de la adquisición de vivienda*. Cizur Menor: Aranzadi, 42 y sigs.

<sup>13</sup> Sobre el tema, véase, por ejemplo, AZNAR SÁNCHEZ-PARODI, I. (2014). La dación en pago y otras medidas de protección del deudor hipotecario; en particular, la expropiación temporal de uso de la vivienda habitual. *RJN*, núm. 88-89, 163 y sigs.

<sup>14</sup> Se refieren a estas medidas, por ejemplo, MORENO TRAPIELLA, P. (2020). La moratoria en los arrendamientos de vivienda y suspensión del procedimiento de desahucio, comentario de urgencia del Real Decreto Ley 11/2020, de 30 de marzo. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9651, 1 y sigs.; MOLINA ROIG, E. (2020). Medidas urgentes sobre arrendamiento de vivienda del Real Decreto Ley 11/2020 para hacer frente al COVID-19. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9620, 1 y sigs.

<sup>15</sup> Por ejemplo, MOREU CARBONELL, E. (2020). Función social de la propiedad y viviendas vacías. Diez preguntas y respuestas para el debate. En *Políticas y derecho a la vivienda: gente sin casa y casa sin gente*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 190. También parece apuntarse este aspecto en MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3418 y 3419.

<sup>16</sup> También MOREU CARBONELL, E., Función social de la propiedad..., *ob. cit.*, 195. De un modo similar, HERNÁNDEZ GIL afirma que «cuando se dictan normas más favorecedoras del acceso al uso de ciertos bienes, como, por ejemplo, la vivienda, la función social no se realiza a expensas de la propiedad y como limitación, sino a través de ella misma, facilitando la condición de propietario». HERNÁNDEZ GIL, A. (1989). La propiedad privada y su función social en la Constitución. *Poder Judicial*, núm. 14, 11.

También hay que tener en cuenta lo señalado en la STC de 17 de marzo de 1994 (RTC\1994\89), donde se puso de manifiesto que «responde así a la función social de la propiedad inmobiliaria, sin vulneración constitucional, que el legislador establezca una limitación de esa propiedad que, sin suponer su vaciamiento o desfiguración, pueda contribuir (con mayor o menor fortuna, según las distintas teorías económicas) a satisfacer un derecho constitucionalmente afirmado».

<sup>17</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A. (2019). La reforma fallida de la LAU: panorama actual y perspectivas de futuro. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9357, 1 y 2; PERARNAU MOYA, J. (2019). Los arrendamientos de vivienda tras la reforma de los Decretos Ley 21/2018 y 7/2019. *Diario La Ley* [En línea], núm. 9395, 3; ARGELICH COMELLES, C. (2020). Una reformulación del arrendamiento de vivienda: la oportunidad perdida del Real Decreto Ley 7/2019. *Actualidad civil* [en línea], núm. 1, 2.; MOLINA ROIG, E. (2019). El Real Decreto Ley 7/2019, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. *Actualidad civil* [En línea], núm. 3, 2 y 6.

<sup>18</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A., *ob. cit.*, 2 y 3; PERARNAU MOYA, J., *ob. cit.*, 3 nota al pie núm. 3; MOLINA ROIG, E., El Real Decreto Ley 7/2019..., *ob. cit.*, 6 y 7.

<sup>19</sup> FUENTES-LOJO RIUS, A., *ob. cit.*, 2 y 3; MOLINA ROIG, E. (2019). La regulación del sistema de contención de rentas a la luz del Decreto Ley 9/2019. *Actualidad civil* [En línea], núm. 11, 12; ARGELICH COMELLES, C., *ob. cit.*, 11; MOLINA ROIG, E. (2020). Análisis de la Ley 11/2020 sobre contención de rentas en Cataluña. *Actualidad civil* [En línea], núm. 12, 3. El Acuerdo relativo a los Presupuestos Generales de 2019 se encuentra disponible en <https://bit.ly/3pd6c7v> (Página consultada por última vez el 12 de febrero de 2021).

<sup>20</sup> MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 2 y 12; MOLINA ROIG, E., El Real Decreto Ley 7/2019..., *ob. cit.*, 7 y 10. También lo apuntan FUENTES-LOJO RIUS, A., LEDESMA IBÁÑEZ, M.P. *et al.* (2019). Nulidad de un pacto de bonificación de renta en un contrato de arrendamiento de vivienda. *Actualidad civil* [En línea], núm. 7-8, 1. Así, en la página 16 del citado Acuerdo se dispuso que el sistema de índice de referencia tenía la finalidad de permitir que «...los Ayuntamientos y/o CCAA que así lo consideren puedan regular y limitar las subidas abusivas del precio del alquiler en las zonas previamente declaradas tensionadas y a la vez evitar posibles efectos de contracción de la oferta de vivienda en alquiler».

<sup>21</sup> Véase, asimismo, Dictamen 7/2020, de 5 de agosto, realizado por el *Consell de Garanties Estatutàries* en relación con la Proposición de medidas urgentes en contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda, 43, disponible en <https://bit.ly/3khJWIT> (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021). Véase también ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 72. Aunque se refiere al DECRETO-LEY (catalán) 17/2019, véase QUINTIÀ PASTRANA, A. (2020). Un equilibrio justo: los límites del TEDH a la regulación del precio de los alquileres. En C. Barrero Rodríguez y J.M. Socías Camacho (coords.). *La ciudad del siglo XXI: Transformaciones y Retos. Actas del XV Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo Ibiza 7 y 8 de febrero de 2020*, [En línea], sin página, libro en formato electrónico disponible de forma gratuita en <https://bit.ly/3xF15Ec> (Página consultada por última vez el 22 de junio de 2021).

<sup>22</sup> Véase MOLINA ROIG, E., El Real Decreto Ley 7/2019..., *ob. cit.*, 7 y 8.

<sup>23</sup> Véase la nota de prensa disponible en <http://bit.ly/3d2pg5X> (Página consultada por última vez el 12 de febrero de 2021).

<sup>24</sup> <https://bit.ly/37oTrkj> (Página consultada por última vez el 12 de febrero de 2021).

<sup>25</sup> MOLINA ROIG, cuyo trabajo es anterior a la creación del sistema estatal, hace referencia a ciertas comunidades autónomas que, por aquel entonces (la publicación es del año 2019) habían creado un sistema de índices de referencia particular. Véase MOLINA ROIG, E., El Real Decreto Ley 7/2019..., *ob. cit.*, 8. Haciendo referencia a la comunidad autónoma de Cataluña, véase también MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 233.

<sup>26</sup> MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3. Como apunta MESSÍA DE LA CERDA, «...una de las normativas autonómicas que más lejos ha llegado en el establecimiento de medidas limitativas del derecho de propiedad ha sido la catalana». MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3420.



<sup>27</sup> MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 2; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3.

<sup>28</sup> La autora se refiere tanto a la contención de renta de los contratos de arrendamiento de vivienda como a la no aplicación de la máxima respecto de ciertos contratos que existiesen con anterioridad. También hace alusión al Decreto Ley en MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3.

<sup>29</sup> Concretamente, el artículo 6 de la norma establecía que «en los contratos de arrendamiento de vivienda objeto de este Decreto ley que se concluyan en áreas declaradas de mercado tenso, la renta pactada al inicio del contrato no puede superar en un diez por ciento el precio de referencia para el alquiler de una vivienda de características análogas en el mismo entorno urbano». Por su parte, el artículo 10 del Decreto Ley (catalán) 9/2019 establecía que «1. Si la vivienda objeto de contrato de arrendamiento en área declarada de mercado tenso se encontraba previamente arrendada y la renta percibida por el arrendador superaba en el momento de la extinción del contrato la que resultaría de aplicar la regla del artículo 6, se puede fijar como renta inicial del nuevo contrato la misma del contrato anterior. En este caso, es necesario acreditar la cuantía y la fecha de devengo de la última renta en el contrato precedente y hacer constar estos datos en el nuevo contrato.

2. La regla del apartado 1 se aplica también a los contratos que sean renovación de un contrato previo entre las mismas partes...». Para un análisis general de la norma, puede consultarse ALCOLEA, J.M. (2019). Cuestiones clave de la reciente normativa en Cataluña para limitar los precios del alquiler. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 192, 39 y sigs.

<sup>30</sup> Acuerdo de derogación de 26 de junio de 2019, disponible en <http://bit.ly/3b8dOTU> (Página consultada por última vez el 13 de febrero de 2021).

<sup>31</sup> Según el primer apartado de la norma citada, «el Departamento competente en materia de vivienda tiene que elaborar el Índice de referencia de precios de alquiler de viviendas a partir de los datos que constan en el Registro de Fianzas de los Contratos de Alquiler de Fincas Urbanas. El Índice de referencia informa sobre la media del precio del alquiler de una vivienda de características similares en el mismo entorno urbano. El sistema de cálculo y los elementos o factores correctores que influyen en la determinación de los márgenes del índice se establecen por orden del consejero o consejera competente en materia de vivienda».

<sup>32</sup> Aunque en los mismos no se realizan apreciaciones críticas, para un estudio general de la ley pueden consultarse los estudios realizados por Redacción Editorial Grupo Economist & Jurist. (2020). Se prohíbe subir el precio del alquiler en Cataluña: análisis de la nueva Ley 11/2020. *Inmueble: Revista del sector inmobiliario*, núm. 205, 16 y sigs.; MARTÍNEZ GÓMEZ, S., *ob. cit.*, 1 y sigs.

<sup>33</sup> Según el artículo 1.2 de la Ley (catalana) 11/2020, «quedan excluidos de la aplicación de la presente ley los contratos de arrendamiento de vivienda sujetos a regímenes especiales de determinación de la renta, y en cualquier caso los siguientes contratos de arrendamiento:

- a) Los suscritos antes del 1 de enero de 1995.
- b) Los que tienen por objeto viviendas sujetas a un régimen de protección oficial.
- c) Los que tienen por objeto viviendas integradas en redes públicas de viviendas de inserción o de mediación para el alquiler social o en el Fondo de vivienda de alquiler destinado a políticas sociales.
- d) Los de carácter asistencial.
- e) Los que se suscriban de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al alquiler social obligatorio». Sobre este particular, véase GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E. (2020). Ley de alquileres en Cataluña. *Món jurídic: revista de l'illustre col·legi de l'advocacia de Barcelona* [En línea], núm. 332, 56, disponible en <https://bit.ly/3sHROH3> (Página consultada por última vez el 28 de marzo de 2021).

<sup>34</sup> En este sentido, conviene destacar que el precepto citado en el texto principal continúa señalando que «esta situación de riesgo puede venir determinada por el cumplimiento de cualquiera de las siguientes condiciones:



a) *Que la media del precio de los alquileres de vivienda experimente en dicha área un crecimiento sostenido claramente superior al de la media del territorio de Cataluña.*

b) *Que la carga del coste del alquiler de la vivienda en el presupuesto personal o familiar supere de media en dicha área el treinta por ciento de los ingresos habituales de los hogares, o que la media del precio de los alquileres de vivienda supere el treinta por ciento de la renta media de las personas menores de treinta y cinco años.*

c) *Que el precio de los alquileres de vivienda haya experimentado, en los cinco años anteriores al momento de la declaración, un crecimiento interanual acumulado de al menos tres puntos porcentuales por encima de la tasa interanual del índice de precios al consumo de Cataluña».*

Al respecto, puede consultarse MOLINA ROIG, E., *Análisis de la Ley 11/2020 sobre...*, *ob. cit.*, 3 y 4.

<sup>35</sup> Especialmente, FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 2 y sigs. También podría citarse aquí a QUINTIÀ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página. Aunque no se refieren al concreto supuesto del sistema de contención de rentas, véase MESSÍA DE LA CERDA, J.A., *ob. cit.*, 3419; CARLÓN RUIZ, M., *ob. cit.*, 1; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 56 y 57.

<sup>36</sup> Adopta una postura parecida QUINTIÀ PASTRANA, aunque el autor añade un tercer parámetro a tener en cuenta. QUINTIÀ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>37</sup> Nuevamente, la STC de 8 de abril 1981 (RTC 1981\11). Acoge esta noción, por ejemplo, SÁNCHEZ LANUZA, D. (2007). Régimen jurídico del suelo y función social de la propiedad. En L. Parejo Alfonso (dir.). *Veinte años de derecho urbanístico (Texto adaptado a la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo)*. Madrid: Montecorvo, 316.

<sup>38</sup> De nuevo, la STC de 8 de abril 1981 (RTC 1981\11).

<sup>39</sup> Reconociendo que la bibliografía sobre el tema es abundante, conviene destacar que entre los autores que se refieren a esta característica del dominio podríamos citar, por ejemplo, a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. 1999. *Derechos reales. Derecho hipotecario T. I Propiedad. Derechos reales (excepto los de garantía)*. 3.ª ed. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 194; LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.* (2008). *Elementos de Derecho civil III Derechos reales Vol. I Posesión y propiedad*. 3.ª ed. revisada y puesta al día por Luna Serrano, A. Madrid: Dykinson, Madrid, 240.

<sup>40</sup> ALVAREZ OLALLA, P. *et al.* (2013). *Manual de Derecho civil. Derechos Reales*. Madrid: Bercal, 141.

<sup>41</sup> Así, MOLINA ROIG apunta, de manera general, que «los límites a la renta pueden reducir la rentabilidad del propietario y las inversiones en la vivienda, si no pueden repercutirse al arrendatario». MOLINA ROIG, E., *La regulación del sistema de contención...*, *ob. cit.*, 4. Sobre este particular, véase también MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 10.

De forma más abstracta, MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3447; CARLÓN RUIZ, M., *ob. cit.*, 3.

<sup>42</sup> Véase, asimismo, la opinión de MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 10.

<sup>43</sup> Así, el legislador catalán pone de manifiesto que «la regulación contenida en la presente ley permite a la Administración calificar determinadas zonas del territorio como áreas con mercado de vivienda tenso, y sujetar los contratos de arrendamiento que se concluyan en ellas a un régimen de contención de las rentas. La imposición de tales restricciones se concibe como una medida excepcional. A diferencia de otros ordenamientos, como el francés, en el que la delimitación de rentas tiene duración indefinida, en Cataluña se trata de una medida limitada en el tiempo, que puede declararse con una duración máxima de cinco años, en un procedimiento en el que deben acreditarse las circunstancias que la justifican y precisar las medidas que adoptarán las administraciones para atenuar o revertir la situación de mercado tenso». Ello se halla reflejado en la exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020, como señalamos en el texto principal.

<sup>44</sup> Así, el artículo 4.2 Ley (catalana) 11/2020 establece que «la declaración de un área con mercado de vivienda tenso debe indicar la duración del correspondiente régimen, que no puede exceder de cinco años desde la publicación de la declaración en el «Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya»». En cualquier caso, la citada declaración puede ser objeto de revisión o de prórroga *ex* artículo 4.3 del citado cuerpo legal.

Debe tenerse en cuenta que, según apunta FERRER I RIBA, la temporalidad es un elemento clave para esclarecer si estamos ante una medida proporcionada. FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. et al., *ob. cit.*, 7. Sobre la proporcionalidad nos detendremos más adelante.

<sup>45</sup> Ello se destaca, por ejemplo, en GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 56. Como señalan LÓPEZ RODRÍGUEZ y MATEA ROSA, los sistemas de contención de renta suelen caracterizarse por proyectarse sobre un grupo concreto de los arrendamientos. LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. de los Llanos (2020). La intervención pública en el mercado de alquiler de vivienda: una revisión de la experiencia internacional. *Banco de España. Documentos ocasionales* [En línea], núm. 2002, 13, disponible en <https://bit.ly/3qR5gHs> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021). De forma similar, ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 75.

<sup>46</sup> El autor se refería, sin embargo, a otro supuesto.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo, en la STC de 5 de abril de 2006 (RTC 2006\112). Sobre este particular, pueden consultarse, asimismo, MESSÍA DE LA CERDA, J.A., *ob. cit.*, 3445; IBÁÑEZ MACÍAS, A., *ob. cit.*, 106 y 107.

<sup>48</sup> Recuérdese el término «*excepcional*» al que se hace alusión en la exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020.

<sup>49</sup> Entre otros, CARMONA CONTRERAS, A., FERRER I RIBA, J. y MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. et al., *ob. cit.*, 4 y sigs. MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 10.

<sup>50</sup> Asimismo, téngase en cuenta que, según destaca AGOUÉS MENDIZABAL, «...si se anula la rentabilidad o utilidad económica del bien, el derecho de propiedad quedará desnaturalizado». AGOUÉS MENDIZABAL, C., *ob. cit.*, 18. Véase, asimismo, FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. et al., *ob. cit.*, 6.

<sup>51</sup> Véase, asimismo, el blog del despacho de abogados Cuch-Aguilera, disponible en <http://bit.ly/3dmfbkr> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>52</sup> MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. et al., *ob. cit.*, 9 y 10; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 12 y 13; MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 2, 7, 8 y 13. Aunque se trata de un tema diverso, también se hace referencia al «beneficio razonable» en MOLINA ROIG, E., Medidas urgentes..., *ob. cit.*, 6. Del mismo modo, FUENTES-LOJO viene a subrayar que cualquier sistema de contención de rentas tiene que favorecer que el arrendador perciba una renta lógica conforme a los valores del mercado. FUENTES-LOJO RIUS, A., *ob. cit.*, 3.

<sup>53</sup> Sobre el último de los puntos señalados podría traerse a colación la STEDH (Sección 5.<sup>a</sup>) de 30 de julio de 2015 (TEDH\2015\105), donde se afirma que «el Tribunal es de la opinión de que los demandantes deberían obtener una indemnización justa en base a una estimación razonable de la renta que le proporcionara algo más que un mínimo beneficio [véase *Fleri Soler y Camilleri contra Malta (justa satisfacción)*, núm. 35349/05, ap. 18, 17 de julio de 2008]».

<sup>54</sup> <https://bit.ly/2OEuElu> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>55</sup> Se realiza una valoración similar por parte de la Directora General de Asval: Asociación de propietarios de vivienda en alquiler. No obstante; la Directora se refiere específicamente al Sistema estatal de índices de referencia, no al sistema catalán. En este sentido, se señala que en la elaboración del Sistema estatal de índices de referencia no se ha partido de datos actuales. Disponible en <http://bit.ly/37qeeUx> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>56</sup> En el mencionado informe, que data de mayo de 2020, se hace hincapié en la imposibilidad de conocer los precios reales del alquiler dado que los precios de los que se partían eran los que se aplicaban con anterioridad a la crisis sanitaria. Este informe se halla disponible en <https://bit.ly/307z473> (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021).

<sup>57</sup> En un artículo publicado por el periódico ABC de febrero de 2021 se puso de relieve que, en ciudades como Barcelona, el alquiler ha bajado más de un 12%. Disponible en <http://bit.ly/2NFGFH6> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>58</sup> Véase la nota de prensa de octubre de 2020 del *Observatori Metropolità de l'Habitatge de Barcelona*. Disponible en <https://bit.ly/382mlH4> (Página consultada por última vez el 2 de marzo de 2021).

<sup>59</sup> Frente a ello, el *Departament de Territori i Sostenibilitat* ha señalado que la renta de los arrendamientos no ha variado especialmente de un año para otro, sin perjuicio de que sí haya descendido el número de contratos celebrados. Boletín del último trimestre de 2020, disponible en <https://bit.ly/3tODH2J> (Página consultada por última vez el 22 de marzo de 2021).

<sup>60</sup> Se realiza una crítica similar respecto de la regulación contenida en el Decreto Ley 9/2019 en MOLINA ROIG, E., *La regulación del sistema de contención...*, *ob. cit.*, 10 y 11.

<sup>61</sup> Véase, asimismo, PONCE SOLÉ, J. (2020). ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), [En línea], sin página, disponible en <http://bit.ly/2ZOMKNpa> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>62</sup> Tiene que tenerse en cuenta que la norma entró en vigor el 22 de septiembre de 2020.

<sup>63</sup> MOLINA ROIG, E., *Análisis de la Ley 11/2020 sobre...*, *ob. cit.*, 5.

<sup>64</sup> Puede consultarse la última tasa de variación publicada por el Instituto Nacional de Estadística en el siguiente enlace: <http://bit.ly/3pv3Ukn> (Página consultada por última vez el 17 de febrero de 2021).

<sup>65</sup> Por el contrario, en un estudio de NASARRE AZNAR y la propia MOLINA ROIG se concluye, en relación con la renta arrendaticia, que el valor de mercado «... es lo que puede otorgar un mayor equilibrio entre la asequibilidad del arrendatario y la rentabilidad del arrendador». NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018). Parámetros para un nuevo marco de los arrendamientos urbanos de vivienda tras la Nueva Agenda Urbana de Habitat III. En: E. MUÑIZ ESPADA *et al.* (dirs.) *Reformando las tenencias de la vivienda: un hogar para tod@s*. Valencia. Tirant Lo Blanch, 255. A mayor abundamiento, también parece insinuarse, por ejemplo, en MOLINA ROIG, E., *La regulación del sistema de contención...*, *ob. cit.*, 13.

<sup>66</sup> Al menos así se ha puesto de manifiesto en NASARRE AZNAR, S. (2013), *ob. cit.*, 224.

<sup>67</sup> Según el precepto citado en el texto principal, «*la renta máxima de una vivienda con protección oficial se determina aplicando al precio de venta máximo obtenido una tasa anual de rentabilidad del 4,8 por ciento...*».

<sup>68</sup> Como señalamos en el texto principal, nos apoyamos en las ideas expuestas por ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 83; MOLINA ROIG, E., *Análisis de la Ley 11/2020 sobre...*, *ob. cit.*, 13.

<sup>69</sup> Véase la STEDH (Sección 1.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 2014 (*JUR* 2014, 187720). Se apoyan en esta misma sentencia CARMONA CONTRERAS, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 4; QUINTIÀ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>70</sup> Nuevamente, MOLINA ROIG, E., *Análisis de la Ley 11/2020 sobre...*, *ob. cit.*, 4 y sigs. ECHEVARRÍA SUMMERS y, de nuevo, MOLINA ROIG se pronuncian, asimismo, sobre la necesidad de que exista un medio eficaz para determinar los precios e índices de referencia. MOLINA ROIG, E. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F.M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 10 y 11.

<sup>71</sup> Por otro lado, MESSÍA DE LA CERDA no alude de manera expresa al supuesto que nos ocupa, aunque no hay duda de que apunta la cuestión a la que nos referimos en el texto principal. MESSÍA DE LA CERDA, J.A., *ob. cit.*, 3455.

<sup>72</sup> PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página.

<sup>73</sup> Véase NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *RCDI*, núm. 739, 3100; PEREÑA PINEDO, I. 2005. La función social del derecho de propiedad. En: F.J. Bastida Freijedo (coord.) *Propiedad y derecho constitucional*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 180 y sigs.; IBÁÑEZ MACÍAS, A., *ob. cit.*, 115; MESSÍA DE LA CERDA, J.A., *ob. cit.*, 3444. Debe advertirse, sin embargo, que los autores no se refieren de manera específica a la norma catalana objeto de estudio.

También tiene que citarse aquí la reflexión contenida en la STEDH de 19 de diciembre de 1989 (TEDH\1989\23), donde se puso de manifiesto que «...las medidas impugnadas no son una expropiación, ni formal ni de hecho: no se ha transmitido el dominio de los demandantes, que tampoco han sido privados del derecho de usar los bienes, de arrendarlos y de venderlos. Sin duda, les han supuesto la pérdida de una parte de sus rentas inmobiliarias; pero no son más en este caso que una manifestación de la regulación del uso de los bienes».

<sup>74</sup> Recuérdense lo señalado sobre la adecuación de la renta en FUENTES-LOJO RIUS, A., *ob. cit.*, 3; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 12. Asimismo, debe destacarse aquí que, en el voto particular interpuesto por RODRÍGUEZ BEREIJO, A. en la STC de 17 de marzo 1994 (RTC\1994\89), se puso de relieve que el sistema de congelación de rentas de los contratos de arrendamiento afectaba, en opinión del magistrado, al contenido esencial del derecho de propiedad sin que se hubiese previsto una indemnización como contrapartida. A este voto particular se adhirieron otros dos magistrados. Sobre ello puede consultarse IBÁÑEZ MACÍAS, A., *ob. cit.*, 109 y 110.

<sup>75</sup> A mayor abundamiento, también se señala, por ejemplo, en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 269 y 273; NASARRE AZNAR, S. (2020). Los alquileres de la olocracia. *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili* [En línea], núm. 14, 22, disponible en <https://bit.ly/2ZNIzcs> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).

<sup>76</sup> Precisamente SALAS CARCELLER destaca que es posible justificar la contención de rentas «...en aquellos supuestos en que la construcción de la vivienda ha gozado de algún beneficio de carácter público, bien sea subvención o ventaja fiscal». SALAS CARCELLER, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3.

<sup>77</sup> Antes de la entrada en vigor de la norma catalana, NASARRE AZNAR ya afirmaba que, en relación con nuestra legislación, el único supuesto en el que podía hablarse de una cierta incidencia sobre la renta era el caso de la vivienda social. NASARRE AZNAR, S. (2013), *ob. cit.*, 223.

<sup>78</sup> MAS FLORES, J.A. (2020). La regulación de los precios del alquiler: un error con consecuencias. *Housing: Revista de la Cátedra de Vivienda de la Universidad Rovira i Virgili* [En línea], núm. 14, 12, disponible en <https://bit.ly/2ZNIzcs> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021). También GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 58. En este sentido, QUINTIÁ PASTRANA advierte que, según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, existe «...la prohibición de hacer recaer exclusivamente sobre los propietarios los costes de la política habitacional». QUINTIÁ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página. Del mismo modo, NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG llegan a afirmar en uno de sus estudios que «...el sector privado acaba realizando funciones propias de los poderes públicos, lo que ha generado en la estigmatización del sector...». NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 264.

De forma general, MESSÍA DE LA CERDA, J.A., *ob. cit.*, 3456.

<sup>79</sup> MOLINA ROIG no alude a los preceptos transcritos en el texto principal, pero sí que señala que el arrendador también obtiene ciertos beneficios de la regulación actual de la norma. MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 21.

<sup>80</sup> Aunque no se refiere directamente a los incentivos a los que hacemos referencia, MOLINA ROIG afirma que «si los índices de referencia sirven para contener los precios de alquiler, puede compensarse al arrendador, para que obtenga un beneficio razonable, con una regulación adecuada de la actualización de la renta y los demás gastos de la vivienda de alquiler». MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 2. Del mismo modo, Quintiá Pastrana apunta que todo sistema de contención de rentas «...tendría que acompañarse de mecanismos de distribución de los costes sociales, para prevenir una carga desproporcionada sobre los propietarios». QUINTIÁ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>81</sup> Por ejemplo, parece deducirse de lo señalado en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 268, 269 y 273.

<sup>82</sup> Acerca de las deducciones en el IRPF, <https://bit.ly/3cSGDW0> (Página consultada por última vez el 19 de junio de 2021).

<sup>83</sup> NASARRE AZNAR, S. (2020), *ob. cit.*, 22. Esta idea ya se enunció en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 268, 269 y 273.

<sup>84</sup> Aunque se refiere al Decreto Ley (catalán) 9/2019, véase MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 7.

<sup>85</sup> STC de 17 de marzo 1994 (RTC\1994\89).

<sup>86</sup> Nuevamente la STC de 8 de abril 1981 (RTC 1981\11).

<sup>87</sup> Nos inspiramos de nuevo en lo dispuesto en la STC de 8 de abril 1981 (RTC 1981\11).

<sup>88</sup> El derecho dominical siempre se ha visto acotado por ciertas limitaciones. Pueden consultarse, entre otros, PEREÑA PINEDO, I., *ob. cit.*, 176; CASTÁN TOBENAS, J. (1992). *Derecho Civil Español, Común y Foral T. II Vol. I*, 14.<sup>a</sup> ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. Madrid: Reus, 149; BARNÉS VÁZQUEZ, J. (1988). *La propiedad constitucional. El estatuto jurídico del suelo agrario*. 1.<sup>a</sup> ed. Madrid: Civitas, 114; LÓPEZ CÁNOVAS, A. (2015). *La propiedad privada inmobiliaria. Bases Constitucionales y Régimen Estatutario del Contenido y Función Social de la Propiedad Urbana y la Propiedad Rústica*, 1.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor: Aranzadi, 47.

<sup>89</sup> Por ejemplo, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A. (2005). *Curso de Derecho Civil*. Granada: Comares, 14; MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3440 y sigs.

<sup>90</sup> Esta era la postura de DUGUIT. Así, DUGUIT, L. [1920?]. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón* (trad. Posada C. G.), 2.<sup>a</sup> ed. corregida y aumentada, Madrid: Francisco Beltrán. Librería Española y Extranjera, 167 y sigs. La concepción de DUGUIT también se explica, por ejemplo, en MINARRO MONTOYA, R. (2006). La propiedad desde el punto de vista del derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad. En: *Propiedad y Derecho civil*. Madrid: Centro de Estudios, 243; BARRAL I VIÑALS, I. (1994). Un nuevo concepto de propiedad: la función social como delimitadora del derecho. En: *El sistema económico en la Constitución Española Vol. I*. Madrid: Ministerio de Justicia, 643; LÓPEZ CÁNOVAS, A., *ob. cit.*, 41; LASARTE, C. (1977). *Génesis y constitucionalización de la función social de la propiedad*. Bilbao, 106 y 107; MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3442 y sigs.

<sup>91</sup> Especialmente, ALBALADEJO, M. (2004). *Derecho civil III Derecho de bienes*. 10 ed. Madrid: Edisofer, 235. También sostienen que el dominio es un verdadero derecho subjetivo, entre otros, ROCA BAIXAULI, J., «Interpretaciones de la función social de la propiedad de la tierra a través del artículo 33 de la Constitución Española», en *El sistema económico en la Constitución Española Vol. I*, Ministerio de Justicia, 1994, 1125; Díez-Picazo y Ponce de León, L. (2006) Propiedad y constitución. En *Propiedad y Derecho civil*. Madrid: Centro de Estudios 20; MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3454. También parece apuntarse en BARRAL I VIÑALS, I. (2017). La función social de la vivienda y la propiedad habitacional: Límites impuestos a los propietarios de pisos vacíos. En: J. M. Moltó Darner y J. Ponce Solé (coords.). *Derecho a la vivienda*



y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento. Cizur Menor: Aranzadi, 167.

<sup>92</sup> Se habla de los diferentes intereses de arrendador y arrendatario, por ejemplo, en NASARRE AZNAR, S. (2013). La eficacia de la Ley 4/2013, de reforma de los arrendamientos urbanos, para aumentar la vivienda en alquiler en un contexto europeo. *RCDI*, núm. 739, 208, 221 y 236; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 233; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 250 y 251.

<sup>93</sup> Véase, asimismo, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 7; MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 9. La autora se apoya en esta misma sentencia.

<sup>94</sup> En la exposición de motivos se apunta que «el régimen de contención de rentas que establece la presente ley es una medida congruente con la configuración constitucional del derecho a la propiedad, tal como se define en el artículo 33 de la Constitución, y es asimismo una medida instrumental para hacer efectivo el derecho también constitucional a una vivienda digna y adecuada, amparado por el artículo 47 de la Constitución».

<sup>95</sup> MOLINA ROIG opina que el derecho a una vivienda digna unido a la función social de la propiedad legitima un sistema de contención de rentas. MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 9.

<sup>96</sup> SALAS CARCELLER destaca la protección jurídica que, de forma general, se viene proyectando sobre la figura del arrendatario. SALAS CARCELLER, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3. También parece subrayar este aspecto Quintiá Pastrana, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>97</sup> MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 21. Este punto es criticado por GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, quien sostiene que la norma solo protege al arrendatario. GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 58.

<sup>98</sup> En este sentido, LÓPEZ RODRÍGUEZ y Matea Rosa sostienen, con apoyo en FAVILUKIS *et al.*, que «...las ganancias de bienestar social serían mayores en el caso de que los grupos con mayor protección fueran los de menor renta, al concentrarse en estos colectivos las ganancias del aseguramiento». LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 34. Véase, asimismo, la reflexión expuesta por NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG, quienes afirman que una norma arrendaticia equilibrada no se traduce en una igualdad total de los derechos del arrendador y del arrendatario. NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 260. En parecido sentido, ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 62.

<sup>99</sup> NASARRE AZNAR, S., GARCÍA, M.O. y XERRI, K. (2014). ¿Puede ser el alquiler una alternativa real al dominio como forma de acceso a la vivienda? Una comparativa legal Portugal-España-Malta, *Teoría y Derecho*, núm. 16, 195; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 212; NASARRE AZNAR, S. (2013), *ob. cit.*, 208 y 209.

<sup>100</sup> Así, por ejemplo, NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG hacen referencia al hecho de que hoy en día no resulta infrecuente que se realice una interpretación amplia de la función social y el derecho a la vivienda digna. NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 199. También puede tenerse aquí en cuenta, por ejemplo, la reflexión de FERRER I RIBA, quien señala que «las medidas legales de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda pueden ser constitucionales, y pueden también no serlo». FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5.

<sup>101</sup> Entre otros, SALAS CARCELLER, A., CARMONA CONTRERAS, A., FERRER I RIBA, J. y DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, N. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3 y sigs.; PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página; QUINTIÁ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>102</sup> Por ejemplo, la STC de 12 de abril 2018 (RTC 2018\32).

<sup>103</sup> Por otro lado, QUINTIÁ PASTRANA también llama la atención sobre la necesidad de atender a los elementos que componen el test. QUINTIÁ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página.

<sup>104</sup> Véase la exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020. También MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3 y 4; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 76. Aunque no hacen alusión a la norma catalana, véase CARMONA CONTRERAS, A. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 4.

<sup>105</sup> Examen de la Proposición de ley de medidas urgentes en materia de contención de rentas realizado por la *Autoritat Catalana de la Competència*, 2 y 3, disponible en <https://bit.ly/3qW9Lka> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021). Adoptan una postura similar NASARRE AZNAR, S. (2020), *ob. cit.*, 22-23; MAS FLORES, J. A., *ob. cit.*, 12 y 13; GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 58.

<sup>106</sup> SALAS CARCELLER estima que es una medida que el legislador tomó con el fin de proteger ciertos intereses. SALAS CARCELLER, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3. Sobre este particular, véase, asimismo, STC de 17 de marzo de 1994 (RTC\1994\89).

Del mismo modo, ALGABA ROS llega a sostener que, teniendo en cuenta las reflexiones que hemos expuesto en el texto principal, «...basta con hacer un recorrido por la legislación que regula este contrato en el siglo XX y XXI para comprobar que pese a la trascendencia de ambos elementos, solo el «tiempo» ha sido limitado de forma significativa en numerosas reformas (tres, cinco, siete años) sin que se hayan planteado problemas de incidencia sobre la oferta, problemas que sin embargo se mencionan cuando se propone un «control de renta»». ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 58. La autora sigue insistiendo en este aspecto en las 60 y 66 del trabajo anteriormente citado. Por otro lado, NASARRE AZNAR y MOLINA ROIG subrayan que la prórroga forzosa fue una de las causas de la caída de la oferta arrendaticia. NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 251.

<sup>107</sup> PONCE SOLÉ se pregunta si nos hallamos ante una «ley acertada». PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página. Del mismo modo, FUENTES-LOJO advierte, en el trabajo que coordina, que se deja de lado «...el debate sobre la idoneidad u oportunidad...» de una medida de las características que se describen. FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 2.

<sup>108</sup> STEDH de 19 de diciembre de 1989 (TEDH\1989\23).

<sup>109</sup> Respecto de Alemania, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 12; LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 16 y 17. En cuanto a Francia y otros países (también Alemania) puede consultarse el siguiente artículo periodístico, disponible en <http://bit.ly/3r7GyTz> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021). En relación con Nueva York, puede consultarse la siguiente entrevista a NASARRE AZNAR; disponible en <https://bit.ly/3gLA4p4> (Página consultada por última vez el 18 de junio de 2021).

De manera general, NASARRE AZNAR, S., (2020), *ob. cit.*, 23. También parece deducirse de lo señalado en NASARRE AZNAR, S. (2013), *ob. cit.*, 221 y 222.

Entre otros, PONCE SOLÉ afirma que no es posible emitir aún un juicio razonado sobre los resultados obtenidos en aquellos Estados que cuentan con un sistema de contención de rentas. PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página. A mayor abundamiento y haciendo referencia a la experiencia internacional en la Historia reciente, véase LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 9.

<sup>110</sup> También MOLINA ROIG pone de manifiesto que nos hallamos ante una iniciativa que resulta especialmente útil a corto plazo. MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 2.



<sup>111</sup> ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 80. La autora se refiere, sin embargo, a la idoneidad de la medida; no obstante, hemos partido de su reflexión para exponer la incertidumbre que existe sobre los efectos que puede provocar la aplicación de la ley que nos ocupa.

<sup>112</sup> <https://bit.ly/3fLlBLO> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).

<sup>113</sup> <https://bit.ly/3rTrQyT> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).

<sup>114</sup> <https://bit.ly/3fJcRVX> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).

<sup>115</sup> <https://bit.ly/2PxgAvb> (Página consultada por última vez el 6 de abril de 2021).

<sup>116</sup> Así lo señala NASARRE AZNAR en una entrevista que se le realiza en un medio periodístico; disponible en <https://bit.ly/3gLA4p4> (Página consultada por última vez el 18 de junio de 2021).

<sup>117</sup> De forma similar, MESSÍA DE LA CERDA indica que «...la racionalización del mercado inmobiliario no justifica, en modo alguno, la adopción de medidas que proscriben facultades e, incluso, suponen una privación de la propiedad». MESSÍA DE LA CERDA, J. A., *ob. cit.*, 3455.

<sup>118</sup> FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 6. También PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página. Véase nuevamente la STC de 16 de diciembre 1996 (RTC 1996\207).

<sup>119</sup> Examen de la Proposición de ley de medidas urgentes en materia de contención de rentas realizado por la *Autoritat Catalana de la Competència*, 2 y 3. Del mismo modo, MAS FLORES, J. A., *ob. cit.*, 12 y 13.

<sup>120</sup> Se hace referencia a algunas de ellas en MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 16, 17 y 22.

<sup>121</sup> Entre otros, DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 9; LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 36 y sigs.; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 191. Véase, asimismo, el Examen de la Proposición de ley de medidas urgentes en materia de contención de rentas realizado por la *Autoritat Catalana de la Competència*, 3.

<sup>122</sup> Examen de la Proposición de ley de medidas urgentes en materia de contención de rentas realizado por la *Autoritat Catalana de la Competència*, 3. También MAS FLORES, J. A., *ob. cit.*, 12 y 13; LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 25 y sigs.; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., *ob. cit.*, 191.

<sup>123</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 4, 51 disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>124</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 6, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>125</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 28 y 29, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>126</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 21, 33, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021). La baja inversión de España en materia de vivienda social ya venía siendo destacada por distintos autores, entre los que se pueden citar a NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 249; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 218.

<sup>127</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 32, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>128</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 54, 55, 60, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021). Se destaca la poca inversión en el sector de la vivienda, por ejemplo, en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., *ob. cit.*, 186.

<sup>129</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 56, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>130</sup> Así, en la propia exposición de motivos de la Ley (catalana) 11/2020 se pone de manifiesto que «...la Generalidad y las administraciones locales se han mostrado en la última década particularmente resolutivas adoptando y ejecutando medidas dirigidas a incrementar el parque de vivienda pública y social, si bien el enorme déficit histórico en este terreno hace necesario un esfuerzo largo y sostenido para poder obtener resultados apreciables...». Del mismo modo, en la Exposición de Motivos de la citada ley también se indica que las reformas adoptadas desde el ámbito estatal no han permitido acabar con el problema de la vivienda.

<sup>131</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 37, 42, 43, 49, 50, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>132</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 70, 75, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>133</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 70, 80, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>134</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 35, 36, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>135</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 66, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>136</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 68 y 69, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>137</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 68, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>138</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 84 y 85, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>139</sup> Boletín especial del Observatorio de Vivienda y Suelo 2020, 84 y 85, disponible en <https://bit.ly/3gvdtxc> (Página consultada por última vez el 14 de junio de 2021).

<sup>140</sup> Algo similar se señala en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), *La política de vivienda...*, 202, 238 y 239.

<sup>141</sup> Así lo estima PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página.

<sup>142</sup> Entre otros, CARMONA CONTRERAS, FERRER I RIBA, DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. y MOLINA ROIG, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 4 y sigs. También MOLINA ROIG, E., *La regulación del sistema de contención...*, *ob. cit.*, 10; PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página; CARLÓN RUIZ, M., *ob. cit.*, 4; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 81.

<sup>143</sup> STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986\2); STEDH (Sección 3.<sup>a</sup>) de 28 de enero de 2014 (JUR\2014\22351). También se acoge esta doctrina en STC de 22 de febrero 2018 (RTC\2018\16) y STC de 12 de abril 2018 (RTC 2018\32).

<sup>144</sup> STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986\2). Véase, asimismo, CARMONA CONTRERAS, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5; PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página. Del mismo modo, MOLTÓ DARNER sostiene que la actuación de la administración en este campo no puede traducirse en «...la imposición de cargas indiscriminadas a la propiedad privada ni penalizar administrativamente a quien posee propiedades adquiridas legalmente y las usa y disfruta conforme a criterios legales». MOLTÓ DARNER, J. M. (2017). *Algunas reflexiones sobre la función social de la propiedad en el siglo XXI*. En: J. M. Moltó Darnar y J. Ponce Solé (coords.). *Derecho a la vivienda y función social de la propiedad. Nuevas políticas públicas en el marco del servicio público de alojamiento*. Cizur Menor: Aranzadi, 42.

<sup>145</sup> STEDH de 21 de febrero de 1986 (TEDH 1986\2). Se acoge esta doctrina en STC de 22 de febrero 2018 (RTC\2018\16) y STC de 12 de abril 2018 (RTC 2018\32).

<sup>146</sup> Por ejemplo, NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 233; NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 259, 260, 261, 273; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 52, 56; GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 58.

<sup>147</sup> FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 7.

<sup>148</sup> MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 4, 11, 12, 13, 21 y 22; MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 10.

<sup>149</sup> Así, por ejemplo, comprobamos que insertando en el buscador de la *Agència de l'Habitatge de Catalunya* una vivienda al azar de una calle del municipio de Sitges, nuestra búsqueda dentro de la página tiene como resultado el siguiente texto: «no hi ha en el radi de 1.000 metres suficients contractes de lloguer que compleixin els paràmetres introduïts». También se hace referencia a este fenómeno MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 7; 12. Véase nuevamente MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 10.

<sup>150</sup> MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 12.

<sup>151</sup> MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 13.

<sup>152</sup> MOLINA ROIG no utiliza la idea de gravamen, aunque hace especial hincapié en que este punto debe solventarse «para que el sistema de contención de rentas sea justo y proporcional...». MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 13.

<sup>153</sup> Aunque no profundiza sobre la cuestión, FERRER I RIBA sostiene que el control de los precios de los alquileres podría dar lugar a una violación del principio reconocido en el artículo 14 de la Constitución española. FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5.

<sup>154</sup> Se deduce de lo expuesto en ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 83.

<sup>155</sup> Algunos autores estiman que sería recomendable que se impusiera la obligatoriedad del depósito con carácter general. Así, por ejemplo, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8 y 9; ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 83 y también nota al pie núm. 67 de la citada

<sup>156</sup> Conéctese con el inciso l b) de la disposición adicional segunda Real Decreto Ley 7/2019.

<sup>157</sup> Esta idea aparece reflejada en ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 83.

<sup>158</sup> Entre otros, PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (II), *ob. cit.*, sin página; CARMONA CONTRERAS, A., FERRER I RIBA, J., DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 4 y sigs. También QUINTIÀ PASTRANA, A., *ob. cit.*, sin página. Ello es criticado por CARLÓN RUIZ, M., *ob. cit.*, 4.

<sup>159</sup> Consúltese nuevamente STC de 22 de febrero 2018 (RTC\2018\16) y STC de 12 de abril 2018 (RTC 2018\32).

<sup>160</sup> De manera similar, en la STEDH de 10 de abril de 1995 (*JUR* 2007\351836) se señala que «...las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de valoración en la determinación...» del interés general.

<sup>161</sup> Aunque no se refieren de manera concreta a la norma catalana, existe un conjunto de autores que entiende que una medida relativa a la contención de rentas sería constitucional si se cumpliera con una serie de requisitos. Entre otros, SALAS CARCELLER, A., CARMONA CONTRERAS, A., FERRER I RIBA, J., DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E., MOLINA ROIG, E., ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3 y sigs.

<sup>162</sup> Más arriba se señaló que este tema es tratado detenidamente por MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 1 y sigs.

<sup>163</sup> Se hacen esta pregunta de forma específica, por ejemplo, MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3 y sigs.; GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E.,

*ob. cit.*, 58; PONCE SOLÉ, J. (2020). ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), *ob. cit.*, sin página. Desde una perspectiva general, FERRER I RIBA, J. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3 y sigs.; MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8, 9 y 14.

<sup>164</sup> <https://bit.ly/3qJr47Q> (Página consultada por última vez el 23 de febrero de 2021).

<sup>165</sup> <https://bit.ly/3xDa19f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

<sup>166</sup> Ya se señaló respecto del régimen de contención de rentas recogido en el Decretoley (catalán) 9/2019. Véase MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8 y 9. Del mismo modo, se puso de manifiesto en el Dictamen 7/2020 realizado por el *Consell de Garanties Estatutàries*. Véase, asimismo, lo señalado en <https://bit.ly/3xDa19f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

De forma general, FERRER I RIBA, J. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5 y 11.

Con respecto a la ley que nos ocupa, MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17, NASARRE AZNAR, S., (2020), *ob. cit.*, 23.

<sup>167</sup> En relación con la regulación del DECRETO-LEY (catalán) 9/2019, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8. Desde una perspectiva general, FERRER I RIBA, J. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5 y 11. En cuanto a la Ley (catalana) 11/2020, MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17. Véase también lo señalado en <https://bit.ly/3xDa19f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

<sup>168</sup> Así se pone de manifiesto en el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries* y en relación con uno de los recursos de inconstitucionalidad promovidos contra la Ley objeto de estudio; véase lo señalado en <https://bit.ly/3xDa19f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021). También se explica en MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17 y 18.

<sup>169</sup> Ello se pone de relieve en el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, teniendo en cuenta que la disposición adicional cuarta de la Ley se corresponde con disposición adicional tercera de la Proposición de Ley.

<sup>170</sup> STC de 18 de junio de 2020 (RTC 2020\65).

<sup>171</sup> Esta también parece ser la postura de MOLINA ROIG, aunque la autora se pronuncia de manera más tímida, haciendo especial hincapié en el hecho de que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.6 de la Constitución española, siempre sería posible que una comunidad autónoma regulase ciertos aspectos de carácter procesal. MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 18.

<sup>172</sup> Véase <https://bit.ly/3xDa19f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

<sup>173</sup> Véase, asimismo, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8. Véase también el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, 21 y sigs.

<sup>174</sup> MOLINA ROIG nombra algunas de las figuras, propias de la tradición histórico-jurídica de Cataluña, con las que el arrendamiento residencial mantiene un claro nexo. Así, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8. Del mismo modo, debe consultarse MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17 y 22.

<sup>175</sup> Especialmente, PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), *ob. cit.*, sin página; FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5. También MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8 y 9; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17 y 18. También Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, 25 y sigs. y nota de prensa sobre uno de los recursos de incons-

titucionalidad; disponible en <https://bit.ly/3xDal9f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

<sup>176</sup> Este tema se trata de manera específica en FERRER I RIBA, J. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F.M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5 y sigs.; MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8, 9 y 14; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17 y 18; PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), *ob. cit.*, sin página.

<sup>177</sup> En las 28 y sigs. del Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries* se analiza la expresión a la que hacemos alusión en el texto principal.

<sup>178</sup> Véase también PONCE SOLÉ, J., ¿Es constitucional la ley catalana que limita el precio de los alquileres? (I), *ob. cit.*, sin página; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 18.

<sup>179</sup> STC de 13 de noviembre 2019 (RTC 2019/132). El *Consell de Garanties Estatutàries* se apoya en la citada sentencia a la hora de emitir su Dictamen 7/2020, 44.

<sup>180</sup> Ello parece deducirse de lo expuesto por SALAS CARCELLER, A. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 3.

<sup>181</sup> LÓPEZ RODRÍGUEZ, D. y MATEA ROSA, M. DE LOS LLANOS, *ob. cit.*, 21. MOLINA ROIG señala que la decisión entre alquilar y vender depende, ciertamente, de la rentabilidad del arrendamiento. MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 3 y 12. También se apunta este último extremo en NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E., (2018), Parámetros para un nuevo marco..., *ob. cit.*, 265.

<sup>182</sup> Véase el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, 32 y 33. También MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8 y 9; NASARRE AZNAR, S., (2020), *ob. cit.*, 23. De manera general, NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 197.

<sup>183</sup> Véase el Dictamen 7/2020 del *Consell de Garanties Estatutàries*, 33. Se adhiere a esta tesis GIMÉNEZ OLAVARRIAGA, E., *ob. cit.*, 58. Sobre el anterior Decretoley (catalán) 9/2019, MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 9.

<sup>184</sup> ALGABA ROS, S., *ob. cit.*, 79 y 80.

<sup>185</sup> La última de las ideas expuestas se recoge en MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17.

<sup>186</sup> Así se insinúa en MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 8; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 17. De manera algo más tímida, FERRER I RIBA, J. y ECHEVARRÍA SUMMERS, F. M. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5 y 11. De forma general, De manera general, NASARRE AZNAR, S. y MOLINA ROIG, E. (2018), La política de vivienda..., 197.

<sup>187</sup> Examen de la Proposición de ley de medidas urgentes en materia de contención de rentas realizado por la *Autoritat Catalana de la Competència*, 1 y sigs.

<sup>188</sup> Nota de prensa relativa a uno de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley (catalana) 11/2020, disponible en <https://bit.ly/3xDal9f> (Página consultada por última vez el 21 de junio de 2021).

<sup>189</sup> FERRER I RIBA, J. en FUENTES-LOJO RIUS, A., SALAS CARCELLER, A. *et al.*, *ob. cit.*, 5; MOLINA ROIG, E., La regulación del sistema de contención..., *ob. cit.*, 9; MOLINA ROIG, E., Análisis de la Ley 11/2020 sobre..., *ob. cit.*, 18 y 22.

<sup>190</sup> Acuerdo de Coalición Progresista. Un nuevo acuerdo para España, 17, disponible en <https://bit.ly/2ZPYsy8> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).

<sup>191</sup> Así, véase la contestación a la pregunta escrita que planteó un diputado del Grupo Plural al Gobierno, disponible en <https://bit.ly/3q1XSIh> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).

<sup>192</sup> Puede consultarse, por ejemplo, el siguiente artículo periodístico, disponible en <http://bit.ly/3q0IXOw> (Página consultada por última vez el 25 de febrero de 2021).

<sup>193</sup> Véase el siguiente enlace: <http://bit.ly/3bdWBte> (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).

<sup>194</sup> En la página 60 del mencionado documento se subraya «...*la necesidad de acciones políticas que garanticen en el derecho a la vivienda reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en la propia Constitución Española. Implica que dichas medidas pongan freno a las subidas abusivas del alquiler, impulsando las normativas necesarias para ello, entre las que debe incluirse la facultad de las comunidades autónomas y los ayuntamientos de establecer su índice de precios, la habilitación de los ayuntamientos para declarar zonas urbanas de mercado tensionado cuando se haya producido un incremento abusivo y sostenido de las rentas de alquiler y la articulación de mecanismos de contención o eventual bajada de los precios. Dicha cuestión será, tal y como establece el compromiso del Gobierno de España, una de las cuestiones fundamentales de la nueva Ley de Vivienda*». Disponible en <https://bit.ly/3kLjeIL> (Página consultada por última vez el 4 de marzo de 2021).

*(Trabajo recibido el 8-4-2021 y aceptado  
para su publicación el 7-6-2021)*





# DICTÁMENES Y NOTAS



# La cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de *Legal transplant* en Derecho español

## *The representations and warranties clause as an example of a legal transplant to Spanish Law*

por

BRUNO MARTÍN BAUMEISTER

*Profesor adjunto de Derecho mercantil*

*Facultad de Derecho. Universidad Pontificia de Comillas*

**RESUMEN:** La cláusula de manifestaciones y garantías se enmarca en la tradición contractual angloamericana. A diferencia de la técnica contractual continental, en la que suele predominar el método sintético que busca formular principios o criterios generales que permiten decidir un espectro amplio de situaciones contractuales sin que estas hayan sido especificadas necesariamente en el contrato, en la tradición angloamericana tiene cierto arraigo la metodología analítica, que busca explicitar el mayor número de contingencias concretas que pueda plantearse. La utilización de una lista analítica de manifestaciones y garantías en el contexto jurídico español puede plantear algunas dificultades. Este trabajo aborda el estudio de la cláusula de manifestaciones y garantías como ejemplo de *legal transplant* en Derecho español. En primer lugar, se examinan las funciones de la cláusula de manifestaciones y garantías, en particular sus funciones en Derecho inglés y en Derecho español. A continuación, se analiza la autoría de

las manifestaciones y garantías, su tipología más frecuente y el sistema de responsabilidad contractual contenido en esta cláusula, prestando especial atención a las limitaciones cualitativas, cuantitativas y temporales. Asimismo, se presenta el pacto de indemnización específica, el procedimiento de reclamación, la constitución de posibles garantías y el seguro de M&A. Finalmente, se formulan algunas conclusiones que ponen de relieve que es preciso construir la cláusula de manifestaciones y garantías no tanto como un pacto de responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud de ciertos asertos, sino como un pacto de cobertura de riesgos.

*ABSTRACT: Representations and warranties clauses are part of the Anglo-American contractual tradition. Unlike under the continental legal drafting technique, in which the synthetic method seeks to formulate general principles or criteria that comprise a wide spectrum of contractual situations, which not necessarily have been specified in the contract, the Anglo-American tradition is rather based on the analytical methodology, which tends to explicit a great number of specific contingencies that may arise. The use of an analytical list of representations and warranties in the Spanish legal context may pose some difficulties. This paper addresses the representations and warranties clause as an example of legal transplant into Spanish Law. First, we examine the functions of the representations and warranties clause, in particular its functions under English and Spanish law. Next, we analyze the authorship of the representations and warranties, their more common types and the system of contractual liability, paying special attention to qualitative, quantitative and temporal limitations. Also, the specific compensation agreement, the claims procedure, the constitution of possible guarantees and the M&A insurance are presented. Finally, we conclude that, under Spanish Law, the representations and warranties clause should not be understood so much as a liability agreement assumed for the lack of veracity, accuracy or completeness of certain assertions, but as a risk coverage agreement.*

**PALABRAS CLAVE:** Manifestaciones y garantías. Tradición contractual angloamericana. Metodología contractual continental. Metodología sintética. Metodología analítica.

*KEY WORDS: Representations and warranties. Anglo-American contractual tradition. Continental contractual tradition. Synthetic methodology. Analytical methodology.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS COMO EJEMPLO DE *LEGAL TRANS-*

*PLANT.*—III. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS: 1. FUNCIÓN INFORMATIVA. 2. FUNCIÓN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES. 3. FUNCIONES EN DERECHO INGLÉS. 4. FUNCIONES EN DERECHO ESPAÑOL.—IV. AUTORÍA DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.—V. TIPOLOGÍA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS.—VI. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 1. LIMITACIONES CUALITATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR. 2. LIMITACIONES CUANTITATIVAS. 3. LIMITACIONES TEMPORALES. 4. PACTO DE INDEMNIZACIÓN ESPECÍFICA.—VII. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN.—VIII. GARANTÍAS.—IX. SEGURO DE M&A.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA.—XII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de manifestaciones y garantías (*representations and warranties*) es uno de los pactos contractuales más importantes entre los que se incluyen habitualmente en el contrato de compraventa de empresa. La cláusula se configura como una lista de afirmaciones o declaraciones —en un sentido positivo o en un sentido negativo, con sujeción a excepciones y limitaciones—, que realiza una de las partes contractuales en favor de la otra sobre ciertos hechos o creencias. En el contexto de un contrato de compraventa de empresa, el vendedor realiza ciertos asertos de hecho y de creencia sobre la situación en la que se encuentra la sociedad *target* o los activos y pasivos que, según los casos, son objeto de transmisión. El comprador, por su parte, presta ciertas declaraciones acerca de su solvencia económica para afrontar el pago del precio de compraventa. Idealmente, la cláusula de manifestaciones y garantías debe ofrecer una imagen completa, veraz y exacta de la prestación a la que viene obligada cada parte del contrato, sin que se hayan omitido aspectos que debieran haberse tenido en cuenta por la otra parte contratante a la hora de tomar su decisión de inversión.

Los contratos de compraventa de empresa que contemplan una fecha de firma (*signing*) y una fecha de cierre (*closing*) suelen prever que las manifestaciones y garantías se presten con respecto a la fecha de firma y se reiteren con referencia a la fecha de cierre<sup>1</sup>. El incumplimiento de las manifestaciones y garantías faculta a la parte *in bonis* a solicitar la indemnización de los daños y perjuicios que haya sufrido. Además, las partes contractuales pueden pactar que el incumplimiento de determinadas manifestaciones y garantías tenga carácter esencial, de modo que la parte *in bonis* pueda solicitar la resolución del contrato, además de la indemnización de daños y perjuicios. El compromiso de indemnización contemplado en la cláusula

la de manifestaciones y garantías suele estar sujeto a ciertas limitaciones cualitativas, cuantitativas y temporales. También son objeto de regulación detallada el mecanismo de garantía de la obligación de indemnizar asumida por el vendedor, por ejemplo, mediante la prestación de un aval bancario, un depósito en garantía, la retención de parte del precio por el comprador o la constitución de ciertas derechos personales o reales de garantía. En los últimos años se ha desarrollado un mecanismo alternativo consistente en la contratación de un seguro de M&A.

La cláusula de manifestaciones y garantías, que se ha introducido en los últimos años en la práctica contractual española en materia de adquisición de empresas, procede de modelos contractuales angloamericanos, donde se desarrollaron bajo las reglas del Derecho de contratos del *Common Law* a partir de las figuras legales de *representations and conditions* y *warranty*. La cláusula que es objeto de nuestro estudio carece de un régimen jurídico propio en Derecho español y tampoco aparece recogida en el Anteproyecto de Ley del Código Mercantil de 2014 (arts. 132-7 a 132-11). La cláusula de manifestaciones y garantías se ha desarrollado a partir de la práctica profesional, de las aportaciones de la doctrina civilista y mercantilista, así como de cierta jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se ha pronunciado sobre contratos de compraventa de empresa. Para la redacción de este trabajo hemos tomado como referencia, especialmente, HERNANDO CEBRIÁ, L., *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2005; GÓMEZ POMAR, F., El incumplimiento contractual en Derecho español, [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 3, 2007, [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf); AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011; CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J. M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 279-358; GIMENO RIBES, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Granada, Comares, 2013, páginas 199-205; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 415 a 445; TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 337 a 383.

## II. LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS COMO EJEMPLO DE *LEGAL TRANSPLANT*

La cláusula de manifestaciones y garantías se enmarca en la tradición contractual angloamericana. A diferencia de la técnica contractual continental, en la que suele predominar el método sintético que busca formular principios o criterios generales que permiten decidir un espectro amplio de situaciones contractuales sin que estas hayan sido especificadas necesariamente en el contrato, en la tradición angloamericana tiene cierto arraigo la metodología analítica, que busca explicitar el mayor número de contingencias concretas que pueda plantearse. La utilización de una lista analítica de manifestaciones y garantías en el contexto jurídico español puede plantear algunas dificultades. Si durante la vida del contrato surge una contingencia que no ha sido prevista específicamente en el contrato, la parte responsable que venga obligada a su cumplimiento podría argumentar que si la cláusula de manifestaciones y garantías omitió algún supuesto indemnizable es porque las partes no quisieron incluirla, de modo que la parte beneficiaria de la cláusula no gozaría de protección en ese supuesto. Las reglas de interpretación del Código civil facilitan esta interpretación. El artículo 1281 del Código civil dispone que, si los términos de un contrato son claros, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Asimismo, el artículo 1283 del Código civil establece que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que las partes se propusieron contratar. Esta interpretación puede verse fortalecida en aquellos supuestos —frecuentes—, en los que el contrato de compraventa de empresa incluya, además, una cláusula *entire agreement*, según la cual las partes contractuales están de acuerdo en que el contrato de compraventa contiene el compromiso íntegro en relación con el objeto del contrato, incluyendo los remedios disponibles<sup>2</sup>.

## III. FUNCIONES DE LA CLÁUSULA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

### 1. FUNCIÓN INFORMATIVA

Desde la perspectiva del comprador, la cláusula de manifestaciones y garantías cumple una primera función de complementar la información divulgada a través del procedimiento de auditoría legal denominado *due diligence*<sup>3</sup>. Una cláusula de manifestaciones y garantías exhaustiva puede mitigar los problemas derivados de un procedimiento de *due diligence* insuficiente, que no ha detectado posibles contingencias que pueden perjudicar



al comprador. En segundo lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías puede ser útil para mitigar el problema de asimetría informativa entre el vendedor y el comprador. El vendedor suele estar mejor informado sobre la situación de la sociedad *target* o, al menos, mejor posicionado para poder obtener esa información, mientras que el comprador, o bien suele carecer de esa información o contar con información insuficiente, dado que se limita a aquella información que es objeto de publicidad registral o a la información —potencialmente sesgada— que le ha hecho llegar el vendedor en el marco del procedimiento de *due diligence*. Al menos en la teoría, la vinculación del incumplimiento de una declaración contenida en la cláusula de manifestaciones y garantías a un compromiso de indemnización del vendedor a favor del comprador, creará un incentivo para que el vendedor proceda a la revelación de información en la medida en que, de no revelarse, su negativa a informar sobre ciertas situaciones pueda interpretarse por el comprador como una voluntad deliberada de ocultar información negativa sobre la sociedad *target*. En tercer lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías tiene la virtualidad de permitir a las partes contratantes adaptar el contrato de compraventa de empresa a sus intereses. Esta adaptación se traduce en dos vertientes. De un lado, la inclusión de manifestaciones exhaustivas y detalladas sobre determinados extremos propiciará, en un principio, una mayor revelación de información, y que se pueden configurar como elementos determinantes de la decisión de contratación<sup>4</sup>. Por otra parte, las partes pueden modular las consecuencias jurídicas asociadas al incumplimiento de una determinada manifestación, esto es, cuando la información suministrada sea falsa, incompleta o inexacta<sup>5</sup>.

## 2. FUNCIÓN DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDADES

Los tratos preliminares que conducen a la celebración de un contrato de compraventa de empresa se caracterizan por una cierta asimetría informativa entre el comprador y el vendedor. Parece evidente que el vendedor no solo conoce mejor la sociedad *target* que el comprador, sino que su coste de acceso a determinadas informaciones relacionadas con la sociedad *target* y desconocidas por ambas partes es menor. El vendedor tiene incentivos para no ocultar la verdad —aun cuando se trate de informaciones negativas— en la medida en que la ausencia de información sobre determinados extremos conduce inevitablemente a la minusvaloración de la sociedad *target* por el comprador.

En un contrato de compraventa de acciones o participaciones sociales el vendedor garantiza por ley que el objeto vendido no tenga defectos ocultos en el sentido del artículo 1484 Código civil. En un bien inmaterial

y no corporal, como son las acciones de una sociedad, el vicio oculto que puede tener lugar con mayor frecuencia es que las acciones estén sujetas a gravámenes ocultos para el comprador o que el valor de las mismas no represente el valor de la sociedad, que las partes tuvieron presentes al convenir el precio de venta. En principio, los activos de la sociedad *target* vendida no están incluidos en el régimen de saneamiento por vicios ocultos, dado que no forman parte del objeto del contrato de compraventa. Los defectos y contingencias que puedan afectar a estos activos no perjudican la cosa vendida —acciones o participaciones sociales— en cuanto vicio, excepto si representan un gravamen oculto de las mismas o una disminución grave de su valor. Sin embargo, si la compraventa de empresa fuera calificada no de cosas materiales sino como venta de derechos conforme al artículo 1529 del Código civil, el vendedor respondería de la legitimidad y existencia de las acciones o participaciones sociales, pero no de su valor.

En el contexto de una compraventa de empresa, en su modalidad de compra de acciones o participaciones sociales, la función de la cláusula de manifestaciones y garantías es extender el ámbito de responsabilidad del vendedor, haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo hubiera de asumir el comprador<sup>6</sup>. La elaboración de una lista de asertos de hecho y de creencia que han de ser manifestados como ciertos y garantizados por el vendedor implica la asunción de una responsabilidad que, de acuerdo con el régimen legal de responsabilidad de la compraventa, estarían sujetas a la regla *caveat emptor*. La cláusula de manifestaciones y garantías constituye una excepción a esta regla, en la medida en que el vendedor acepta responder de determinados hechos, asumiendo el riesgo de su realización o no realización. De ahí que el régimen de manifestaciones y garantías constituya una regla de asignación contractual de riesgos y no un supuesto de responsabilidad derivado de un defectuoso incumplimiento por parte del vendedor de su deber de información con respecto al comprador. Los riesgos no asignados al vendedor en la lista de manifestaciones y garantías son riesgos que no sufre ni soporta el vendedor. Los riesgos asignados al vendedor en la lista son riesgos que este soporta, aunque el comprador hubiera podido o debido averiguar su existencia en el proceso de *due diligence*. Por otra parte, los riesgos excluidos del régimen de indemnización mediante su explicitación en *disclosure schedules* son riesgos que voluntariamente asume el comprador, aunque se tratara de aquellos riesgos de los que, en ausencia de excepción, hubiera tenido que responder el vendedor.

Dado que el elenco de manifestaciones y garantías relacionadas con una empresa en funcionamiento puede llegar a ser muy amplio, es habitual que las partes estipulen una cláusula de cierre, en virtud de la cual el vendedor limita su responsabilidad al incumplimiento, en su caso, de las manifestaciones

y garantías explicitadas en el contrato. Esta cláusula recibe la denominación de *entire agreement clause* y su función es evitar que el comprador pueda ejercer pretensiones sobre la base de interpretaciones analógicas o acudir a reglas subsidiarias para establecer una responsabilidad que no resulta de la lista de las manifestaciones y garantías expresamente pactada en el contrato<sup>7</sup>.

### 3. FUNCIONES EN DERECHO INGLÉS

El contrato de compraventa de empresa suele incluir un catálogo amplio de manifestaciones y garantías, denominadas en inglés *representations and warranties*. Además de la tradición analítica propia de la abogacía anglo-americana, referida en la introducción, existen dos limitaciones específicas del *Common Law*, asociadas a los remedios contractuales concedidos a la parte *in bonis*, que explican el origen de esta cláusula. En primer lugar, el Derecho de contratos inglés no prevé el derecho a la compensación por los daños derivados de una manifestación errónea (*misrepresentation*) completamente inocente que no ha llegado a tener fuerza contractual, respecto de la cual el juez dispone de un poder discrecional de conceder compensación por los daños en lugar de admitir la rescisión del contrato. De ahí que sea recomendable que el contrato de compraventa incorpore las manifestaciones a la base negocial del contrato, con el fin de que el comprador esté facultado para obtener una compensación adecuada de los daños en caso de incumplimiento de una determinada manifestación. En segundo lugar, es recomendable que las manifestaciones sean cualificadas como cláusulas contractuales esenciales (*conditions*), para impedir que, como simple *warranties*, queden privadas de la opción de la rescisión. La cualificación como elementos esenciales del contrato permite calificar el supuesto de incumplimiento como *breach of contract*, y no un mero *breach of the representation*, de modo que la pretensión indemnizatoria pueda alcanzar el pleno interés de cumplimiento del comprador y no solo su simple interés negativo o de confianza; es decir, el comprador puede conseguir por vía de resarcimiento una indemnización que le ponga en condiciones equivalentes a las que tendría si la manifestación hubiera sido cierta y no limitarse a una cantidad de dinero que le pusiera en idénticas condiciones a las que tendría si la representación no hubiera sido hecha<sup>8</sup>.

### 4. FUNCIONES EN DERECHO ESPAÑOL

La cláusula de manifestaciones y garantías permite modular el principio *periculum est emptoris* consagrado en el artículo 1452 Código civil. La cláusula

sula pretende desplazar al vendedor todo o parte de los riesgos cubiertos mediante asertos de hecho o de creencia, así como aquellas predicciones sobre acontecimientos futuros asociados a la sociedad *target*, que resulten ser falsas, incompletas o inexactas, incluso en el supuesto de que el comprador hubiera podido tener conocimiento de esa falsedad, insuficiencia o inexactitud de la información durante el transcurso del procedimiento de *due diligence*. No obstante, esta función de redistribución de riesgos debe ser matizada en la medida en que será el comprador quien deberá asumir los riesgos derivados de la falsedad, insuficiencia o inexactitud de la información cuando estos riesgos no hayan sido manifestados y garantizados por el vendedor en la cláusula de manifestaciones y garantías, en un documento de revelación de información (*disclosure letter*) o cuando los riesgos podían ser conocidos por el público en general en el momento de celebración del contrato de compraventa de empresa empleando una diligencia ordinaria<sup>9</sup>.

El conjunto de reglas habitualmente contenidas en una cláusula de manifestaciones y garantías presenta, desde el punto de vista de la parte *in bonis*, algunas ventajas con respecto a la situación que vendría dada a partir del régimen jurídico español del contrato de compraventa y así como del régimen de contratos en general. En primer lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías presenta algunas ventajas desde el punto de vista del comprador en la medida en que permite reducir la carga probatoria vinculada al régimen de la anulabilidad del contrato por dolo omisivo o reticencia dolosa establecida en los artículos 1269 y 1270 del Código civil. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo exige no solo la prueba de un comportamiento negocial omisivo contrario a la buena fe en el vendedor, sino la prueba del ánimo de engañar o, al menos, de la conciencia de que la conducta omisiva pudiera llevar a la otra parte contratante a celebrar un contrato que, de no mediar el déficit de información, no habría celebrado<sup>10</sup>. Así, la estipulación de unas manifestaciones y garantías que nieguen la existencia de contingencias negativas y que se revelan falsas con posterioridad, permiten asignar al vendedor las consecuencias de la falta de información correcta y exacta, sin que sea necesario acudir a la prueba del dolo contractual. No obstante, el vendedor puede exonerarse si acredita que el comprador conocía o podía fácilmente conocer las informaciones negativas en el momento de celebración del contrato.

En segundo lugar, la estipulación de ciertos asertos de hecho o de creencia en una cláusula de manifestaciones y garantías permite entender que todos ellos revisten un carácter esencial para el comprador<sup>11</sup>. Esta calificación pretende evitar que la imposibilidad de acreditar la esencialidad en el error perjudique la pretensión de anulabilidad del contrato de acuerdo con el artículo 1266 del Código civil, salvo que la anulación

haya sido excluida expresamente del contrato de compraventa y sustituida por el régimen de responsabilidad por incumplimiento de manifestaciones y garantías. En el contexto del contrato de compraventa de empresa, es habitual que las partes contratantes deroguen el régimen de vicios del consentimiento, acciones edilicias y de incumplimiento y los sustituyan por el régimen de indemnidad por incumplimiento de las manifestaciones y garantías dentro los límites habilitados por los artículos 1102 y 1255 del Código civil<sup>12</sup>.

En tercer lugar, la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías le evita al comprador las desventajas derivadas de la aplicación del régimen del saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, establecido en los artículos 1484 y siguientes del Código civil<sup>13</sup>, en particular<sup>14</sup>, el plazo de caducidad relativamente breve de seis meses desde la entrega de la cosa para la interposición de acciones edilicias; la limitación de los remedios contractuales a disposición del comprador a la reducción del precio o la resolución del contrato —sin indemnización de daños y perjuicios—; el requisito de probar la mala fe del vendedor para poder obtener una indemnización de daños y perjuicios o para la interposición de las acciones cuando la cosa se vende ‘como está’ excluyendo la garantía edilicia; la interpretación extraordinariamente restrictiva del término ‘uso al que se destina la cosa’, que niega la posibilidad de que una contingencia negativa sobre un activo pudiera afectar al uso que pretendiera hacerse de la sociedad *target*; el requisito de probar la gravedad de los vicios o defectos ocultos desde un punto de vista objetivo, así como la pérdida de protección del comprador bajo el régimen edilicio si se acredita su condición de perito<sup>15</sup>.

En cuarto lugar, la inclusión de una cláusula de manifestaciones y garantías puede servir al comprador para evitar el riesgo de que una contingencia adversa sea calificada como imprevisible de acuerdo con el artículo 1107 del Código civil y, por consiguiente, no susceptible de generar responsabilidad contractual en el vendedor de buena fe. Sin embargo, pudiera sostenerse que el artículo 1107 del Código civil se refiera a las consecuencias dañosas —esto es, los daños y perjuicios—, y no a las contingencias o acontecimientos que hayan derivado de un daño<sup>16</sup>.

En quinto lugar, la cláusula de manifestaciones y garantías que habitualmente se incluye en un contrato de compraventa de empresa puede contribuir a evitar la aplicación de la regla de la globalidad o de la responsabilidad por la totalidad establecida en el artículo 1532 del Código civil. La aplicación del régimen de la venta en globo impediría que el vendedor viniera obligado a responder de las contingencias adversas que tan solo afectan a uno o varios de los activos singulares que integran una unidad o conjunto global y como puede ser, precisamente, una empresa<sup>17</sup>.

#### IV. AUTORÍA DE LAS MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

Aunque en este trabajo estudiamos en mayor detalle las manifestaciones y garantías realizadas por el vendedor, el contrato de compraventa de empresa suele incluir también manifestaciones y garantías del comprador. Estas son más limitadas y presentan menor complejidad que las del vendedor. El comprador suele manifestar que es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida, que tiene la capacidad legal necesaria para suscribir el contrato de compraventa y que no ha sido declarada en concurso ni se encuentra en proceso de liquidación o disolución. Asimismo, se incluyen manifestaciones relativas a la suficiencia de fondos necesarios para satisfacer el precio de compra o que ha asegurado que determinados terceros la presten la financiación necesaria para abonar el precio de compra (véase Anexo II *infra*).

En el caso de las manifestaciones y garantías del vendedor, puede suceder que no todos los vendedores quieran otorgar manifestaciones y garantías referidas al curso del negocio —pensemos, por ejemplo, en el caso de los socios minoritarios que venden su participación—, y las manifestaciones las otorgan algunos de los socios —generalmente, mayoritarios—, asumiendo toda la responsabilidad externa, sin perjuicio de que las partes vendedoras regulen *inter partes* el reembolso de las eventuales indemnizaciones abonadas al comprador<sup>18</sup>. Sin embargo, tampoco son extrañas las operaciones en las que son los mismos administradores o exadministradores de la sociedad *target* los que prestan las manifestaciones y garantías. Los administradores de la sociedad *target* pueden ser requeridos por el comprador a otorgar, por sí mismos, garantías suplementarias a las concedidas por la sociedad *target*. Estas garantías pueden ser muy importantes con respecto a la manifestación de inexistencia presente ni futura de ninguna obligación de regreso que aquellos puedan ostentar contra la sociedad como consecuencia de haber tenido que asumir como deudores subsidiarios deudas o multas que forman parte del pasivo de la sociedad. En ocasiones no podrán los administradores prestar estas garantías sin incurrir en conflicto de intereses e incumplimiento de los deberes fiduciarios frente a los socios vendedores, como sucede cuando el contrato de compraventa es negociado entre el comprador y estos administradores, que conservarán su puesto en la sociedad después de la compra.

La prestación de manifestaciones y garantías por parte de la sociedad *target* presenta algunas dificultades. Al margen de los conflictos de intereses que pueden existir entre la sociedad y los socios vendedores o entre los propios socios entre sí, este supuesto podría vulnerar la prohibición de asistencia financiera contenida en el artículo 150 de la Ley de Sociedades de Capital. Al proceder así, la sociedad *target* actúa como si afianzara la

operación por la que se realiza su propia adquisición. No habrá asistencia financiera, empero, cuando la sociedad *target* es escindida y la nueva sociedad es entregada a los socios vendedores, con los activos que el comprador de la sociedad originaria no quiere, obligándose los vendedores a indemnizar al adquirente y la sociedad *target* de los pasivos sobrevenidos que correspondan a los activos o rama de negocio que se queda en la sociedad resultante de la escisión.

## V. TIPOLOGÍA DE MANIFESTACIONES Y GARANTÍAS

Existen, en primer lugar, manifestaciones y garantías referidas a hechos o estados de cosas, en sentido amplio y, en segundo lugar, meta-manifestaciones referidas a las propias manifestaciones y garantías ya prestadas por el vendedor. Los asertos de hecho y creencia así como las meta-manifestaciones pueden incluir excepciones hechas en forma de *disclosure schedules* o bajo el régimen de *specific indemnities*. Respecto de ellas, el vendedor suele declarar que son completas y que no existen otras contingencias distintas de las allí contenidas. Sin perjuicio de la lista que se acompaña como Anexo I, las manifestaciones y garantías más frecuentes van referidas a: (i) constitución, capacidad, capital y estatutos de la sociedad vendedora o adquirida; (ii) órganos de administración, auditores y poderes; (iii) estados financieros y libros de comercio; (iv) impuestos; (v) contratos concertados con terceros, i.e. clientes, proveedores, distribuidores, aseguradores; (vi) propiedad intelectual e industrial; (vii) activos muebles e inmuebles; (viii) plantillas laborales y contratos de servicios; (ix) licencias y autorizaciones administrativas; (x) litigios; (xi) inexistencia de cambio material adverso; (xii) medio ambiente; y (xiii) reclamaciones de terceros.

Las manifestaciones referidas a hechos o conductas realizadas en el tiempo pasado se caracterizan por ser asertos de hechos, aunque los hechos manifestados sean conductas humanas, ya que no pueden existir 'promesas' relacionadas con hechos ya consumados. Las declaraciones de futuro pueden versar sobre hechos o sobre conductas. En el primer caso, se manifiesta que tal circunstancia de hecho ocurrirá o no ocurrirá. En el segundo, se declara que tal conducta tendrá o no lugar. Una declaración por la que se afirma que ahora se cree que algo ocurrirá o no ocurrirá es una declaración de presente que tiene por objeto un estado de creencia. Habitualmente, las cláusulas de manifestaciones y garantías no suelen incluir promesas sobre hechos o conductas futuras, sino que estas se suelen configurar como compromisos u obligaciones en una cláusula aparte (*covenants*)<sup>19</sup>.



## VI. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Si la cláusula de manifestaciones y garantías se construye como un supuesto de extensión de responsabilidad contractual por incumplimiento de un deber de veracidad, el conocimiento real por el comprador perjudicaría su acción y el vendedor no responde. Para evitar este efecto, es preciso construir la cláusula de garantía de modo que la 'garantía' no sea la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud, sino que convendría desligar las manifestaciones y garantías de su veracidad o exactitud y configurarlas contractualmente como un pacto de cobertura de riesgos. De este modo, el vendedor no responde contractualmente por incumplir su obligación de decir la verdad, sino porque la contingencia prevista constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. Así configurada la cláusula, es indiferente que el comprador conozca la contingencia o su riesgo dado que, aun cuando el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte del vendedor, que no es estrictamente una indemnización por 'incumplimiento contractual', sino por aseguramiento o cobertura<sup>20</sup>.

### 1. LIMITACIONES CUALITATIVAS A LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR

El conocimiento que tiene el vendedor sobre la sociedad *target* en relación con la cláusula de manifestaciones y garantías suele ser objeto de una regulación específica. Normalmente, el contrato de compraventa de empresa expresará que el vendedor —sus directivos y empleados— han realizado las investigaciones necesarias para asegurarse de que las manifestaciones y garantías son veraces y exactas y que no se ha omitido ninguna información que el comprador hubiera habido de tener en cuenta para madurar su decisión de compra. En este sentido, la cláusula de manifestaciones y garantías suele contener una estipulación específica relativa a la veracidad, exactitud y completitud de la información a la que han tenido acceso el comprador y sus asesores.

Con frecuencia, el vendedor solicita que el contrato de compraventa contenga una estipulación que haga constar que el comprador y sus asesores han llevado a cabo un procedimiento de *due diligence* y que han recibido toda la información solicitada a su entera satisfacción, de modo que el vendedor no responderá de los daños que se deriven de aquellas informaciones conocidas por el comprador. En ocasiones, el comprador no solo declinará una solicitud de este tipo, sino que insistirá en que el contrato de compraventa haga constar que el hecho de haber llevado a cabo un

procedimiento de *due diligence* en modo alguno limita la responsabilidad del vendedor por los daños derivados de ciertas situaciones, por mucho que hayan sido informadas al comprador. En estos casos, las únicas excepciones al régimen de responsabilidad del vendedor serán aquellas situaciones que expresamente se hayan exceptuado del régimen general de manifestaciones y garantías. Habitualmente, estas excepciones se reflejan en forma de apéndices al anexo de manifestaciones y garantías y reciben la denominación de *disclosure schedules*. Tampoco es infrecuente que las partes contratantes vinculen la excepción a una manifestación y garantía a un pacto específico de indemnidad, que atribuye únicamente al vendedor los riesgos asociados a una determinada información negativa de la que puede resultar un daño y que ha sido revelada por el vendedor al comprador. El conocimiento de la falta de veracidad o corrección impediría al comprador una reclamación fundada en la misma. En este supuesto la indemnización de daños y perjuicios no deriva del incumplimiento contractual, sino de la materialización de un riesgo y reciben la denominación de *specific indemnities*<sup>21</sup>.

En otro orden de cosas, las partes suelen incluir cláusulas tendentes a limitar la responsabilidad del vendedor en el supuesto de que la sociedad *target* se vea resarcida —total o parcialmente— por parte de terceros de ciertos daños sufridos (por ejemplo, en el caso de indemnizaciones recibidas de compañías aseguradoras o como consecuencia de litigios). Asimismo, es habitual que el comprador asuma una obligación general de evitar o mitigar en la medida de lo posible el importe de los daños que deba compensar el vendedor<sup>22</sup>.

## 2. LIMITACIONES CUANTITATIVAS

La cláusula de manifestaciones y garantías suele incluir tres tipos de límites cuantitativos, que reciben la denominación de *de minimis*, *basket* y *cap*. La cláusula *de minimis* establece el importe mínimo al cual debe ascender el daño derivado de un supuesto de indemnización de manifestaciones y garantías para que genere en el vendedor la obligación de indemnizar (por ejemplo, 100 000 euros por contingencia individualmente considerada). La cláusula *basket* establece un importe mínimo al cual debe ascender el importe agregado de daños derivados de supuestos de indemnización que superan el umbral *de minimis* (generalmente, se suele pactar diez veces el importe *de minimis*, por ejemplo, 1 000 000 de euros siguiendo con las cifras anteriores). Una vez alcanzado el umbral de *basket*, el contrato puede prever que el vendedor debe indemnizar por el todo el importe agregado (*tipping basket*) o tan solo por el importe en el que el importe acumulado exceda el umbral *basket* (*non-tipping basket*), en cuyo caso el umbral opera como

franquicia. La cláusula *cap* es el importe máximo por el cual responderá el vendedor bajo el contrato de compraventa. Generalmente se pacta un determinado porcentaje del precio de compraventa, si bien pueden pactarse *caps* diferenciados en función del tipo de daños. Aunque existe alguna variación según si el comprador es un adquirente industrial o un adquirente capital riesgo, el porcentaje suele estar en torno al quince por ciento del precio de compraventa<sup>23</sup>.

### 3. LIMITACIONES TEMPORALES

El contrato de compraventa de empresa suele prever determinados límites temporales al régimen de responsabilidad del vendedor. El plazo general suele oscilar entre seis meses y dos años. Para determinadas contingencias, como pueden ser las de naturaleza fiscal o laboral o de seguridad social, se suele pactar un plazo que coincida con el plazo de prescripción de la contingencia (generalmente, cuatro, cinco o siete años, según los casos).

### 4. PACTO DE INDEMNIZACIÓN ESPECÍFICA

Mientras que la cláusula de manifestaciones y garantías obedece a una función informativa y permite distribuir los riesgos entre las partes contratantes, la cláusula específica de indemnidad atribuye únicamente al vendedor los riesgos asociados a una determinada información negativa de la que puede resultar un daño y que ha sido revelada por el vendedor al comprador. Este pacto contractual opera en el supuesto de que el comprador tenga conocimiento de una determinada información negativa y este conocimiento bien dificulta la inserción de una determinada manifestación o garantía que niegue u obvie la información negativa o bien, en caso de que las partes incluyan una manifestación y garantía que la obvien, el conocimiento de la falta de veracidad o corrección impediría al comprador una reclamación fundada en la misma. De ahí que el supuesto que da lugar a la indemnización de daños y perjuicios no sea el incumplimiento contractual, sino la materialización de un riesgo. Algunos autores lo describen como un pacto de asunción o cobertura de riesgos<sup>24</sup>.

## VII. PROCEDIMIENTO DE RECLAMACIÓN

El contrato de compraventa de empresa suele regular en una cláusula separada de las manifestaciones y garantías el procedimiento de reclamación

de la indemnización de un supuesto indemnizable atribuible al vendedor o que se derive de una reclamación de terceros que suponga un incumplimiento de las manifestaciones y garantías prestadas por el vendedor. Una vez el comprador ha identificado un daño encuadrable en un supuesto indemnizable debe comunicarlo al vendedor, que puede aceptar o rechazar la calificación como supuesto indemnizable. Si el vendedor rechaza la aceptación del daño, el contrato suele prever un plazo durante el cual las partes pueden alcanzar un acuerdo sobre la reclamación. Si las partes no logran alcanzar un acuerdo sobre la reclamación, el contrato suele prever un procedimiento de resolución de conflictos en vía jurisdiccional o arbitral.

En relación con el pago de la indemnización resulta relevante el impacto fiscal que puede conllevar para el comprador, cuando este es sujeto pasivo del Impuesto de Sociedades. Si el pago de la indemnización tiene lugar en el plazo de un año desde la fecha de cierre de la compraventa, el importe de la indemnización reduce el precio de adquisición de las acciones o participaciones sociales. Si el pago de la indemnización tiene lugar después del primer aniversario de la fecha de cierre tiene la calificación de ingreso y estará sujeta a tributación en el Impuesto de Sociedades. El comprador suele cubrir la tributación por el ingreso en el Impuesto de Sociedades mediante la inclusión de una cláusula *tax gross-up*, que resulta de aplicación a los pagos de indemnizaciones derivados de manifestaciones y garantías que tengan lugar después del primer aniversario de la fecha de cierre de la compraventa. Esta cláusula obliga al vendedor a incrementar el importe de la indemnización en el importe al que ascienda la cuantía del impuesto a cuyo pago venga obligado el comprador, de modo que este quede plenamente indemnizado de los daños que genera la reclamación. En este contexto, el vendedor suele esgrimir que el daño que ha motivado la indemnización suele tener un efecto fiscal para la sociedad *target* y que, con frecuencia, tendrá la naturaleza de gasto deducible. Las partes suelen pactar que el importe de gasto deducible minore el importe pagadero por el vendedor bajo la cláusula *tax gross-up*.

## VIII. GARANTÍAS

Con frecuencia, el comprador exige al vendedor que garantice el cumplimiento de las manifestaciones y garantías mediante la constitución de garantías reales o personales. Entre las más habituales figuran la constitución de una garantía a primer requerimiento o aval bancario, el depósito en garantía de una parte del precio abonado por el comprador (*escrow account*), la retención de una parte del precio por parte del comprador hasta la expiración del plazo de las manifestaciones y garantía y la constitución de otras garantías personales o reales como pueden ser, por ejemplo, cartas de patrocinio

(*comfort letters*) o prendas de cuentas corrientes. Idealmente, estas garantías debieran delimitar perfectamente los supuestos de indemnización en los cuales el comprador pueda hacer uso de ellos. Habitualmente, el vendedor suele pedir que su responsabilidad se limite al importe asegurado mediante una de estas garantías, sin que el comprador pueda dirigirse contra el patrimonio del vendedor en el supuesto de que la indemnización de daños y perjuicios exceda del importe asegurado<sup>25</sup>.

## IX. SEGURO DE M&A

Una alternativa o complemento cada vez más frecuente al compromiso de indemnización asumido por el vendedor en los supuestos indemnizables de las manifestaciones y garantías es la contratación de una póliza de seguro que ofrezca cobertura por estos incumplimientos. Generalmente, este tipo de pólizas suelen cubrir las pérdidas derivadas del incumplimiento de la cláusula de manifestaciones y garantías del vendedor por hechos desconocidos por el vendedor en la fecha de prestación de las manifestaciones y garantías, así como los costes de defensa derivados de dicho incumplimiento y el fraude. No obstante, a día de hoy, son numerosos y muy relevantes los supuestos de incumplimiento que quedan excluidos de la cobertura como, por ejemplo, las contingencias derivadas de hechos conocidos, los ajustes de precio, los daños derivados de precios de transferencia (*transfer pricing*), los daños derivados de actos de soborno, corrupción y blanqueo de capitales, las multas y sanciones no asegurables de acuerdo con la legislación vigente, la responsabilidad civil derivada de un delito, las previsiones y proyecciones de futuro, los defectos en las aportaciones a planes de pensiones y el fraude. Estas limitaciones son especialmente problemáticas desde la perspectiva del comprador en el supuesto de que haya llevado a cabo un procedimiento de *due diligence*. Es posible que el procedimiento de *due diligence* no haya revelado contingencias materiales, pero que un hecho que aparentemente no era susceptible de generar un daño sí produce una pérdida patrimonial cubierta por la cláusula de manifestaciones y garantías. Este riesgo puede mitigarse, un tanto, si la exclusión se limita a aquellos incumplimientos de manifestaciones y garantías que razonablemente se hubieran podido prever a partir de los hechos ya conocidos con anterioridad a la celebración del contrato de seguro. El contrato de seguro de M&A suele incluir una cláusula *claims made*, que pretende limitar el periodo de declaración de un siniestro al periodo de vigencia de la cobertura, que suele coincidir con el periodo de vigencia de las manifestaciones y garantías. El Tribunal Supremo ha limitado la validez de las cláusulas *claims made* para las pólizas de seguro de daños en sus SSTS, Sala Primera, de 20 de marzo de 1991 y de 23 de abril de 1992, si bien parece

que pudieran ser admisibles en pólizas de seguro de responsabilidad civil con cláusula *claims made* unidimensional según la STS, Sala Primera, de 26 de abril de 2018, que interpreta el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro (LCS). El contrato de seguro de M&A parece que debe conceptuarse como seguro de daños, por lo que debiera ser admisible la cláusula *claims made* y en el caso de conceptuarse como un seguro de grandes riesgos, el artículo 73 LCS tendría carácter dispositivo respecto de lo pactado por las partes<sup>26</sup>.

## X. CONCLUSIONES

I. En el contexto de una compraventa de empresa, en su modalidad de compra de acciones o participaciones sociales, la cláusula de manifestaciones y garantías cumple, en primer lugar, una función informativa que tiene por objeto nivelar la asimetría informativa entre las partes contratantes. Además, la cláusula de manifestaciones y garantías permite extender el ámbito de responsabilidad del vendedor, haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo hubiera de asumir el comprador.

II. Con frecuencia, la cláusula de manifestaciones y garantías se concibe como un supuesto de extensión de responsabilidad contractual por incumplimiento de un deber de veracidad. Este planteamiento conlleva un efecto no deseado y es que el conocimiento real por el comprador puede perjudicar su acción y el vendedor no responder por el supuesto que, en teoría, se conceptúa como indemnizable. Para evitar este efecto, es preciso construir la cláusula de garantía de modo que la «garantía» no sea la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, exactitud o completitud, sino que convendría desligar las manifestaciones y garantías de su veracidad o exactitud y configurarlas contractualmente como un pacto de cobertura de riesgos. De este modo, el vendedor no responde contractualmente por incumplir su obligación de decir la verdad, sino porque la contingencia prevista constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. Así configurada la cláusula, es indiferente que el comprador conozca la contingencia o su riesgo dado que, aun cuando el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte del vendedor, que no es estrictamente una indemnización por «incumplimiento contractual», sino por aseguramiento o cobertura.

III. El planteamiento antes expuesto no es, sin embargo, enteramente congruente con los modelos habituales de seguro de M&A, que suelen excluir expresamente las contingencias derivadas de hechos conocidos por las partes. Estas limitaciones son especialmente problemáticas desde la perspectiva del comprador en el supuesto de que haya llevado a cabo un procedimiento de *due diligence*.

## ANEXO I. MANIFESTACIONES A FAVOR DEL COMPRADOR

### 1. EXISTENCIA Y CAPACIDAD DEL VENDEDOR

1.1. El Vendedor es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación española y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil que le corresponde.

1.2. El Vendedor tiene la capacidad legal necesaria para suscribir este Contrato y cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del mismo y ha obtenido todas las autorizaciones pertinentes.

1.3. El representante del Vendedor se encuentra debidamente autorizado y dispone de facultades bastantes a efectos de suscribir este Contrato.

1.4. El Vendedor no ha sido declarado en concurso ni se encuentran en proceso de liquidación o disolución.

### 1. CONSTITUCIÓN Y EXISTENCIA DE LA SOCIEDAD

1.1. La Sociedad es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación española y se encuentra inscrita en el Registro Mercantil que le corresponde.

1.2. La Sociedad realiza su actividad de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos estatutos sociales.

### 2. INFORMACIÓN SOCIETARIA

2.1. El Vendedor es el titular del 100% de las Acciones, que han sido válidamente emitidas e íntegramente suscritas y desembolsadas.

2.2. Las Acciones se encuentran libres de cualesquiera Gravámenes.

2.3. No existen opciones, derechos de suscripción, *warrants*, valores convertibles o canjeables u otros derechos que faculten a terceros a adquirir las Acciones.

2.4. La Sociedad no tiene participación alguna en otras sociedades.

### 3. INEXISTENCIA DE CONFLICTOS

Ni la firma del Contrato ni su cumplimiento (sujeto al cumplimiento de las Condición Suspensiva) constituyen un incumplimiento de (a) las obligaciones legales de las Sociedad ni de (b) las obligaciones de la Sociedad bajo cualquier contrato de carácter material para el negocio.



#### 4. REGISTROS SOCIETARIOS Y LIBROS DE ACTAS

4.1. Tanto el libro-registro de acciones nominativas como los libros de actas en los que se transcriben los acuerdos de los órganos de administración de la Sociedad y los acuerdos adoptados por la junta de accionistas de la Sociedad:

- (i) se encuentran materialmente al día;
- (i) han sido llevados materialmente de conformidad con la legislación aplicable; y
- (ii) constituyen un registro fiel y completo, en sus aspectos materiales, de todas aquellas cuestiones que, por ley, han de ser anotadas en tales registros y libros.

4.2. Todos los acuerdos que, con arreglo a la legislación aplicable a la Sociedad, deben inscribirse en el Registro Mercantil, han sido inscritos en el mismo.

#### 5. CUENTAS

Las Cuentas:

- (i) han sido elaboradas de conformidad con la legislación aplicable y los principios, estándares y prácticas contables generalmente aceptados en España; y
- (ii) han sido formuladas por el órgano de gestión pertinente, auditadas, y aprobadas por la junta de accionistas de la Sociedad [y depositadas en el correspondiente Registro Mercantil].

#### 6. ACTIVOS

Todos los activos de carácter material que se recogen en las Cuentas pertenecen a la Sociedad en virtud del título de propiedad que corresponda en cada caso y, según el leal saber y entender del Vendedor, se encuentran libres de Gravámenes.

#### 7. SEGUROS

7.1. La Sociedad ha contratado la cobertura que en cada caso resulta exigida por la ley o cualquiera otra normativa que resulte de aplicación.

7.2. La Sociedad está al día del pago de las primas de las correspondientes pólizas de seguro.

## 8. CONTRATOS

Según el leal saber y entender del Vendedor, la Sociedad no ha incumplido en sus aspectos materiales ningún contrato, acuerdo u obligación material para su negocio de los que sea parte.

## 9. EMPLEADOS

9.1. La Sociedad cumple sustancialmente y ha venido cumpliendo sustancialmente la legislación y normativa aplicable en materia laboral, de seguridad social, salud y seguridad e higiene en el trabajo.

9.2. La Sociedad cumple y han venido cumpliendo los convenios colectivos en vigor y que sean de aplicación a sus empleados.

9.3. Según el leal saber y entender del Vendedor, a la fecha del Contrato, no existe en curso ningún procedimiento o litigio en curso de carácter laboral, en materia de seguridad social o prevención de riesgos laborales abierto frente a la Sociedad [salvo por los que se identifican en el Apéndice [...]].

9.4. La Sociedad ha abonado a sus empleados cualesquiera importes debidos a su favor en concepto de retribución, bonus y cualquier otra prestación, así como cualesquiera importes que sean de aplicación en concepto de contribuciones a la Seguridad Social, en cada caso de conformidad con la legislación aplicable.

9.5. A la fecha del Contrato, salvo por lo puesto de manifiesto en el Proceso de *Due Diligence*, no se ha suscrito ningún contrato laboral entre la Sociedad y sus empleados que faculte a un empleado a percibir compensaciones o indemnizaciones por la resolución de dicho contrato laboral por importe superior al mínimo previsto por la ley o por el correspondiente convenio colectivo.

9.6. No existen acuerdos o pactos entre la Sociedad y sus empleados (incluyendo los exempleados) en relación con sus condiciones laborales, la resolución de su contrato o su jubilación distintos de los que se recogen en los contratos laborales firmados por estos.

9.7. A la fecha de firma del Contrato, la Sociedad no se encuentra *sujeta* a responsabilidad alguna derivada del incumplimiento de ningún contrato laboral o de su resolución [salvo por aquellas responsabilidades que, en su caso, pudieran derivar de cualquiera de los procedimientos que se identifican en el Apéndice [...]].

## 10. ARRENDAMIENTOS

10.1. La Sociedad tiene derecho a utilizar todas las instalaciones que actualmente ocupa a efectos de la explotación de su negocio en virtud de los correspondientes contratos de arrendamiento suscritos con terceros. La Sociedad ha satisfecho en tiempo y forma todos los importes que en concepto de renta han devenido líquidos y exigibles en cada momento.

10.2. La Sociedad no ha recibido notificación alguna por escrito de sus arrendadores en las que se les comunique que estos pretenden dejar sin efecto o resolver cualquier contrato de arrendamiento de los que la misma sea parte.

## 11. PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL

11.1. A los efectos de este apartado 11, se entenderá por «Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial» cualesquiera marcas, derechos sobre nombres comerciales, nombres de empresa, logos, patentes, modelos de utilidad, diseños, derechos de autor, derechos sobre bases de datos, derechos sobre nombres de dominio y direcciones URL incluyendo, en aquellos casos en los que tales derechos se obtuvieran o perfeccionaran en virtud de inscripción en cualquier registro, la inscripción de tales derechos junto con cualesquiera solicitudes y derechos para la solicitud de tales registros excluyendo no obstante, cualesquiera licencias de software de uso no personalizado.

11.2. Todos los Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial relevantes y materiales para su negocio, que pertenecen a la Sociedad o son utilizados por la misma se encuentran en vigor, y la Sociedad se encuentra debidamente autorizada para utilizarlos en el desarrollo de su actividad.

11.3. Según el leal saber y entender del Vendedor, ninguna de las actividades de la Sociedad infringe derechos de propiedad intelectual e industrial de terceros, ni ningún tercero ha presentado reclamación alguna que pudiera afectar o limitar con carácter material el ejercicio por parte de la Sociedad de tales Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial.

11.4. No existe ningún incumplimiento material por parte de la Sociedad de contratos de que sean materiales para su negocio, que hayan sido suscritos con terceros en relación con cualesquiera Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial.

## 12. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

12.1. A los efectos de lo dispuesto en este apartado 12, se entenderá por «Elementos Informáticos del Negocio» cualesquiera equipos informáticos,

sistemas de comunicación, software y hardware, en cada caso de carácter material para el negocio de la Sociedad del que sean titularidad de la Sociedad o los utilice para la explotación de su negocio excluyendo no obstante, cualesquiera licencias de software de uso no personalizado.

12.2. Todos los Elementos Informáticos del Negocio son titularidad de la Sociedad o son utilizados por esta en virtud de un contrato debidamente suscrito.

### 13. PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

13.1. La Sociedad cumple sustancialmente y ha venido cumpliendo sustancialmente en el pasado, con cualquier legislación y normativa aplicable en materia de protección de datos, habiendo efectuado todas y cada una de las comunicaciones obligatorias a la Agencia Española de Protección de Datos que en los casos que corresponda hacerlo con arreglo a dicha legislación y normativa.

13.2. La Sociedad no ha recibido notificación alguna de la Agencia Española de Protección de Datos durante los últimos 12 meses en la que se alegue incumplimiento alguno de la legislación aplicable en materia de protección de datos.

### 14. DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DISOLUCIÓN, ETC.

14.1. La Sociedad:

14.1.1. No ha sido declarada en concurso;

14.1.2. No se encuentra actualmente incurso en procedimiento alguno de liquidación o disolución;

14.1.3. No se encuentra actualmente incurso en causa legal de disolución, conforme a la legislación vigente.

14.2. Según el leal saber y entender del Vendedor, ningún tercero ha solicitado o instado formalmente la liquidación de la Sociedad.

### 15. LITIGIOS

Salvo por lo que se señala en el Apéndice [...], a la fecha de firma del Contrato, la Sociedad no es parte, ni como demandado ni como demandante, ni de cualquier otra forma, en ninguna reclamación, acción, proce-

dimiento, demanda, litigio, querrela, investigación, denuncia, mediación o procedimiento arbitral (salvo en su caso como demandante a efectos del cobro de deudas surgidas en el curso ordinario de su negocio) de carácter material para su negocio.

## 16. CUESTIONES ADMINISTRATIVAS

16.1. Según el leal saber y entender del Vendedor, todos y cada uno de los permisos, autorizaciones, licencias exigidas por la legislación administrativa y de carácter material para la explotación del negocio de la Sociedad han sido obtenidos y se encuentran en vigor.

16.2. A la fecha del Contrato la Sociedad no ha recibido notificación escrita alguna en la que se le informe de ninguna acción, reclamación, investigación u otro litigio o procedimiento relativo a cualesquiera aspectos de derecho administrativo.

## 17. IMPUESTOS

### 17.1. Declaraciones e información fiscal

17.1.1. Todas las declaraciones y demás documentación que debe ser presentada en cada momento por la Sociedad ante las autoridades fiscales a efectos de cualquier Impuesto (i) han sido realizadas o efectuadas en tiempo y forma y son correctas en todos sus aspectos materiales y (ii) ninguna de tales declaraciones y documentos es actualmente objeto de reclamación alguna de las autoridades fiscales.

### 17.1.2. Reclamaciones

(i) La Sociedad no es objeto actualmente de ninguna inspección, ni ha recibido notificación formal alguna en la que se le informe del inicio de una inspección por parte de las autoridades fiscales.

(ii) La Sociedad no se encuentra actualmente inmersa en ninguna actuación, reclamación o procedimiento en relación con el incumplimiento de la legislación tributaria.

(iii) La Sociedad no ha recibido notificación o comunicación de cualquier actuación, reclamación, o investigación ni de cualquier otro procedimiento en relación con el incumplimiento de la legislación tributaria.

## ANEXO II. MANIFESTACIONES A FAVOR DEL VENDEDOR

### 1 EXISTENCIA Y CAPACIDAD DEL COMPRADOR

1.1 El Comprador es una sociedad válidamente existente y debidamente constituida de conformidad con la legislación [...] e inscrita en [...].

1.2 Cada uno del Vendedor tiene la capacidad legal necesaria para suscribir el presente Contrato y cumplir las obligaciones a su cargo derivadas del mismo.

1.3 El representante del Comprador se encuentra debidamente autorizado y dispone de facultades bastantes para suscribir el presente Contrato.

1.4 El Comprador no ha sido declarado en concurso ni se encuentra en proceso de liquidación o disolución.

### 2 SUFICIENCIA DE FONDOS

El Comprador dispone de los fondos necesarios para satisfacer el Precio de Compra o ha asegurado que terceros la presten la financiación necesaria para abonar el Precio de Compra, habiendo obtenido cartas de compromiso o garantías bancarias en cada caso firmes, de carácter incondicional e irrevocable respecto de dichos fondos.

## XI. ÍNDICE DE JURISPRUDENCIA

- STS de 20 de marzo de 1991
- STS de 23 de abril de 1992
- STS de 8 de julio de 1994
- STS de 12 de junio de 1997
- STS de 2 de diciembre de 1999
- STS de 3 de marzo de 2000
- STS de 30 de septiembre de 2002
- STS de 2 de noviembre de 2002
- STS de 17 de enero de 2005
- STS de 19 de julio de 2006
- STS de 17 de noviembre de 2006
- STS de 8 de noviembre de 2007
- STS de 11 de junio de 2008
- STS de 20 de noviembre de 2008
- STS de 26 de marzo de 2009
- STS de 21 de diciembre de 2009

- STS de 6 de mayo de 2010
- STS de 3 de septiembre de 2010
- STS de 30 de marzo de 2011
- STS de 30 de noviembre de 2011
- STS de 21 de octubre de 2013
- STS de 16 de abril de 2015
- STS de 26 de abril de 2018

## XII. BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, J. (2011). *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*. Navarra: Civitas, Thomson Reuters.
- BEALE, H. (1998). *Misrepresentation*. En: Beale, H. (ed.), *Chitty on Contracts*. Mytholmroyd: Sweet and Maxwell (333 y sigs.).
- HERNANDO CEBRIÁ, L. (2005). *El contrato de compraventa de empresa (extensión de su régimen jurídico a las cesiones de control y a las modificaciones estructurales de sociedades)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- GÓMEZ POMAR, F. (2007). El incumplimiento contractual en Derecho español. *InDret* [En línea], número 3, disponible en [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf).
- GUEST, A. G. (1998). *Express Terms*. En: Beale, H. (ed.), *Chitty on Contracts*. Mytholmroyd: Sweet and Maxwell (560 y sigs.).
- CARRASCO PERERA, Á. (2013). Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento. En Álvarez Arjona, J. M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (dirs.), *Adquisiciones de empresas*. Navarra: Aranzadi, Thomson Reuters (4.<sup>a</sup> edición) (279-358).
- GIMENO RIBES, M. (2013): *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*. Granada: Comares.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. (2018). Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas. En: Sebastián Quetglas, R. (dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Las Rozas de Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición) (415 a 445).
- MENGOTTI MAROTO, Á. (2019). El seguro de declaraciones y garantías en la compraventa de empresas: Consideraciones jurídicas y prácticas sobre un seguro cada vez más habitual. Tesina del Curso Formativo Grupo A, año lectivo 2018-2019, Colegio de Mediadores de Seguros de Madrid.
- TORTUERO ORTIZ, J. (2018). El contrato de compraventa de acciones. En: Sebastián Quetglas, R. (dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Las Rozas de Madrid: La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición) (337 a 383).
- TREITEL, G.H. (1987). *The Law of contracts*, 7.<sup>a</sup> ed. Raleigh, North Carolina: Stevens (255 y sigs.).
- VON BISMARCK, N. (2018). *Mergers and Acquisitions, United Kingdom* (2.<sup>a</sup> edición). La Haya: Kluwer Law International (cita núm. 169).



## NOTAS

<sup>1</sup> Si los activos se destruyen o perjudican entre la firma del contrato y el cierre, el vendedor no podrá reproducir las declaraciones relativas a la incolumidad de estos activos. Pero ello no significa que el riesgo sea suyo, pues el contrato anterior a la fecha de cierre es un contrato perfecto. La STS de 11 de junio de 2008 es un ejemplo ilustrativo del error que se comete cuando se repiten las manifestaciones y garantías a la fecha del cierre, pero referidas a contingencias fechadas en un tiempo anterior. Véase CARRASCO PERERA, A., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, A. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.3.

<sup>2</sup> AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 166.

<sup>3</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 124, notas 212 y 213. «(213) El proceso de *due diligence* es un conjunto de métodos tendentes a obtener y evaluar informaciones relevantes, documentales u orales, en relación con el negocio que las partes contractuales pretenden concluir. El proceso de *due diligence*, dependiendo de la operación para la que se efectúe, puede comprender perspectivas distintas; por ejemplo: cuando tiene como referencia una empresa, puede haber *due diligence* financiera, contable, comercial y jurídica. Suele tener lugar generalmente durante los tratos preliminares y con carácter previo o paralelamente a la negociación de los contratos. (214) La utilización de las manifestaciones y garantías en la obtención de información se hará coordinadamente con el proceso de *due diligence*, que es el recurso fundamental de obtención de información. Algunos modelos estandarizados de despachos de abogados están redactados de manera que las respuestas a las cuestiones que se solicitan en la *due diligence checklist* determinan una redacción específica en el apartado correspondiente de las manifestaciones y garantías. Por ejemplo, en el apartado XYZ del *due diligence checklist* se pregunta si la sociedad cuyas acciones se van a adquirir es propietaria o tiene título alguno sobre los bienes no afectos a la actividad que desarrolla, a lo que se contesta diciendo que no existen. En el apartado XYZ de las manifestaciones y garantías del primer borrador preparado por los asesores del potencial comprador, se prevé que el vendedor declare que ni la sociedad (cuyas acciones se venden) ni ninguna de sus filiales es propietaria o tiene título alguno sobre bienes no afectos a la actividad que desarrolla. [...] En algunas ocasiones puede ser más eficaz obtener una determinada información suscitándola en la cláusula de manifestaciones y garantías que solicitándola directamente en el proceso de *due diligence*. Por ejemplo, en la *due diligence checklist* se pregunta sobre el estado de conservación y el mantenimiento de los inmuebles de la sociedad cuyas acciones van a venderse. El potencial vendedor pone a disposición del comprador y sus asesores un contrato con una empresa de mantenimiento que regula cuestiones como los precios de la mano de obra de los servicios que se prestan en caso de averías de ascensores y aire acondicionado y el tiempo de respuesta aproximado. En el borrador de contrato propuesto por el potencial comprador, las manifestaciones y garantías incluyen un apartado en el que se prevé una declaración del vendedor según la cual los inmuebles de la sociedad, en propiedad o por cualquier otro título, están en buenas condiciones de uso, su funcionamiento es satisfactorio y han tenido un mantenimiento regular y suficiente. Para confirmar si puede realizar esta declaración sin faltar a la verdad o decir alguna incorrección, con las consecuencias que ello tendría, el vendedor revisa sus archivos para comprobar qué revisiones y obras se han hecho y cuándo. A la vista de los resultados, actúa en consecuencia, por ejemplo, introduciendo en la correspondiente manifestación y garantía una cualificación para indicar que se han detectado unas pequeñas fisuras en uno de los elementos de cierto inmueble y que el arreglo se ha presupuestado en X euros».

<sup>4</sup> Aunque no lo dice expresamente, este sería el planteamiento de CARRASCO PERERA cuando dice que con las manifestaciones y garantías «el comprador obligará al vendedor a ir revelando ciertos datos que de otra forma no se vería incentivado a declarar». Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 291.

<sup>5</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 124; GIMENO RIBES, M., *La protección del comprador en la adquisición de empresa. Estudio comparado de los ordenamientos español y alemán*, Granada, Comares, 2013, páginas 204-205; GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 415 a 445; HALLET CHARRO, R., *Due diligence* en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 192-196. El Tribunal Supremo suele exonerar al vendedor cuando el comprador, mediante el empleo de una diligencia ordinaria, podría haber descubierto una contingencia negativa: SSTS, 1.<sup>a</sup>, 8 de julio de 1994, 12 de junio de 1997, 2 de diciembre de 1999, 3 de marzo de 2000, 19 de julio de 2006, 17 de noviembre de 2006 y 8 de noviembre de 2007, 3 de septiembre de 2010 y 30 de marzo de 2011.

<sup>6</sup> Véase VON BISMARCK, N., *Mergers and Acquisitions, United Kingdom*, Wolters Kluwer, 2.<sup>a</sup> edición, cita núm. 169, citado en CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.6: El papel principal de las manifestaciones y garantías es el de asignar riesgos. Desde el momento en que se ofrecen las garantías y las manifestaciones no se encuentran cubiertas por la Disclosure letter, el vendedor está aceptando responsabilidad. En la medida en que tales garantías no se den o se limiten como consecuencia de la revelación hecha por el acreedor o por el conocimiento efectivo del comprador, este está aceptando un riesgo//Tradicionalmente, las Garantías constituían un mecanismo de búsqueda de información. Con todo, como el proceso de *Due Diligence* ha devenido cada vez más amplio y complejo en los tiempos recientes, aquel papel ha perdido importancia. Esencialmente, su primera función es la de proveer un mecanismo de ajuste postcontractual de precio. Como tal, su propósito es imponer el riesgo sobre el garante, y no extraer propiamente información referida a la compañía objeto de la adquisición.

<sup>7</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.6.

<sup>8</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dir.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.2., así como la bibliografía citada en la nota 2: TREITEL, *The Law of contracts*, 7.<sup>a</sup> ed., 1987, 255 y sigs. BEALE, *Misrepresentation*, en *Chitty on Contracts*, 27.<sup>a</sup> ed., 1998, 333 y sigs., y GUEST, *Express Terms*, en la misma obra, 560 y sigs.

<sup>9</sup> Véase STS, Sala Primera, 16 de abril de 2015.

<sup>10</sup> Véanse SSTS, Sala Primera, 16 de abril de 2015, 30 de septiembre de 2002, 2 de noviembre de 2002, 17 de enero de 2005, 26 de marzo de 2009. GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, página 428.

<sup>11</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual*

de *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 430.

<sup>12</sup> Véanse SSTS, 1.ª., 20 de noviembre de 2008, 21 de diciembre de 2009, 6 de mayo de 2010, 30 de noviembre de 2011, 21 de octubre de 2013 y 16 de abril de 2015.

<sup>13</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 433.

<sup>14</sup> Véase STS, 1.ª, STS de 21 de diciembre de 2009.

<sup>15</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 375: «Hay que preguntarse por la diligencia aplicable al comprador en el descubrimiento de los vicios. Para DE VERDA, al comprador profano solo se le exige una diligencia mínima. Así resulta, según este autor, de una interpretación extensiva del propio artículo 1484 Código civil que solo exime de responsabilidad al vendedor cuando el vicio consista en un defecto que el comprador perito hubiera fácilmente podido conocer por razón de su oficio. El mismo criterio de fácil reconocibilidad debe servir para calificar un vicio como oculto o como manifiesto cuando el comprador no sea perito. De lo contrario se estaría exigiendo más al comprador profano que al experto (art. 1008 CC). LLÁCER habla de la diligencia mínima en general y para el perito señala que el grado de inspección requerido es el de las reglas propias de su profesión (art. 1008 CC). CABANILLAS habla de diligencia media (art. 1010 CC). Según MORALES MORENO, se exige un examen de la cosa normal, según los usos del tráfico; el carácter oculto se concretará en función de los conocimientos de cada comprador (perito o profano) y añade que, además, hay que tener en cuenta la diligencia que según la buena fe *in contrahendo* sea exigible desplegar al comprador, de manera que este requisito, así entendido, tiene una función parecida a la excusabilidad del error (art. 1011 CC). Por nuestra parte creemos que, aunque el artículo 1484 Código civil no haga referencia a un modelo de diligencia en relación con la inspección de la cosa, la interpretación según la cual la diligencia exigida es la mínima se deduce sin complicación de la letra del precepto legal. Ahora bien, la buena fe *in contrahendo* exigirá tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto: así, las prácticas habituales (entre las cuales habrá que incluir para los casos de adquisición de empresa, la realización de proceso de *due diligence* y la utilización de las manifestaciones y garantías como mecanismo para obtener información, función mediata), las características de los contratantes, la intervención de asesores, al complejidad y envergadura de la compraventa, etc.».

<sup>16</sup> Véanse CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J. M.ª y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.ª edición), página 335; GÓMEZ POMAR, F., El incumplimiento contractual en Derecho español, [en línea] InDret. Revista para el Análisis del Derecho, 3, 2007, [http://www.indret.com/pdf/466\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf), páginas 33 y 34.

<sup>17</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M., Las manifestaciones y garantías en los contratos de compraventa de empresas, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.ª edición), 2018, página 434.

<sup>18</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.ª y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.ª edición), RB-5.5. Hay que ser muy cuidadoso cuando la adquisición trae causa de vendedores titulares de participaciones minoritarias. Primero, por razones de hecho, porque estos vendedores no estarán dispuestos, y con razón, a asumir garantías sobre contingencias societarias que ignoran. En segundo lugar, porque, por debajo de una cifra de participación y control, es muy

probable que estos vendedores deban ser reputados como consumidores. La cuestión no es clara en el Derecho español, donde no conozco precedentes judiciales, pero a título de ejemplo destaco dos resoluciones de 2006 y 2011 del Tribunal Supremo austríaco, que reputa consumidores a los titulares (personas físicas) de participaciones inferiores al 50% del capital que tampoco disponen de derechos de veto o de acuerdos parasociales que le permiten ejercer el control. Si así fueran calificados, estarían sujetos a especial escrutinio de validez las cláusulas de sumisión a fuero, de prestación de garantías cruzadas o de cláusulas penales, entre otras.

<sup>19</sup> Seguimos en este punto la posición de Ángel CARRASCO PERERA. Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.52.

<sup>20</sup> Véase CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), RB-5.32.

<sup>21</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 209, nota 478. (478) Sobre esta noción de cobertura de riesgos, MORALES MORENO habla de pactos de garantía, ex lege o convencionales como promesa de asunción de riesgo (MORALES MORENO, A.M., Comentario al artículo 1485 CC, [Ministerio de Justicia], *opus cit.*, 958).

<sup>22</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 362 a 363.

<sup>23</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones, en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 363 a 364.

<sup>24</sup> Véase AGUAYO, J., *Las manifestaciones y garantías en el Derecho de contratos español*, Navarra, Civitas, Thomson Reuters, 2011, 209, nota 478. (478) Sobre esta noción de cobertura de riesgos, MORALES MORENO habla de pactos de garantía, ex lege o convencionales como promesa de asunción de riesgo (MORALES MORENO, A.M., Comentario al artículo 1485 del Código civil, [Ministerio de Justicia], *opus cit.*, 958). CARRASCO PERERA utiliza esta terminología de «cobertura de riesgos, cuando estudia las manifestaciones y garantías, al proponer una forma alternativa de construcción de la garantía. Veamos: el autor identifica el riesgo que para el comprador supone tener información o estar en una posición de tenerla y cómo este riesgo incide en la eficacia de las manifestaciones y garantías (*Vid. supra* apartado 3). A continuación, CARRASCO PERERA hace una propuesta sobre cómo se debe construir el pacto: «es preciso construir la garantía de forma distinta a cómo se realiza en los contratos. Es decir, no hay que considerar que la «garantía» es la simple responsabilidad asumida por la falta de veracidad, corrección o carácter incompleto. Al contrario, es preciso desligar las garantías de la veracidad o corrección de las manifestaciones y garantías y configurarlas técnicamente como una cobertura de riesgos. No es que el vendedor incumpla su obligación de decir la verdad, sino que la concurrencia del siniestro o contingencia previstos constituye el supuesto que da origen al nacimiento de una deuda de garantía. No importará entonces que el comprador conozca la contingencia o su riesgo; pues lo decisivo es construir la garantía de forma tal que, aunque el comprador conozca la contingencia, la realización de esta comporta el nacimiento de una obligación de cobertura de riesgos por parte de vendedor, que no es estrictamente una indemnización por incumplimiento (CARRASCO PERERA, Á., Manifestaciones y garantías y responsabilidad por incumplimiento, en Álvarez Arjona, J.M.<sup>a</sup> y Carrasco Perera, Á. (Dirs.), *Adquisiciones de empresas*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters, 2013 (4.<sup>a</sup> edición), páginas 334-335). Desde nuestro punto de vista, la relación entre las manifestaciones y garantías y las obligaciones específicas de indemnizar («*indemnitats*») en los contratos de adquisición de empresa no se plantean

en términos de sustitución de aquellas por esta, sino de compatibilidad. Como hemos señalado repetidamente, coincidimos con CARRASCO PERERA en que el conocimiento efectivo sobre la falta de veracidad e incorrección de las manifestaciones y garantías normalmente tendrá como consecuencia dejar sin protección al destinatario de las mismas. Precisamente para evitar este problema se utiliza un mecanismo de atribución de riesgos: la obligación de mantener indemne («*indemity*»), que es donde efectivamente hay una cobertura de riesgos.

<sup>25</sup> Véase TORTUERO ORTIZ, J., El contrato de compraventa de acciones en Sebastián Quetglas, R. (Dir.), *Manual de Fusiones y Adquisiciones de Empresas*, La Ley, Wolters Kluwer (2.<sup>a</sup> edición), 2018, páginas 367 a 368.

<sup>26</sup> MENGOTTI MAROTO, Á., El seguro de declaraciones y garantías en la compraventa de empresas: Consideraciones jurídicas y prácticas sobre un seguro cada vez más habitual, tesina del Curso Formativo Grupo A, año lectivo 2018-2019, Colegio de Mediadores de Seguros de Madrid.

*(Trabajo recibido el 10 de marzo de 2021 y aceptado  
para su publicación el 7 de junio de 2021)*



# Algunas reflexiones en torno a la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas

## *Some reflections on the nature of foundations as legal persons*

por

MARTA PÉREZ ESCOLAR  
*Profesora titular de Derecho civil  
Universidad de Valladolid*

*RESUMEN:* El conocido fenómeno de proliferación de las fundaciones en nuestro ámbito jurídico conduce a una reflexión importante sobre su naturaleza jurídica que enlaza directamente con la desconfianza social que ha generado la institución.

La concepción constitucional de este tipo de personas jurídicas (art. 34.1 CE) conlleva la existencia de un «núcleo esencial» caracterizador que se debe respetar tanto por el propio legislador (art. 53.1 CE) como por los actores implicados en el sector fundacional.

Sin embargo, en la práctica se ha producido una instrumentalización de las fundaciones motivada bien por la actuación del legislador, que ha dado lugar a una utilización excesiva de la forma jurídica fundacional mediante la creación de tipologías específicas de fundaciones que no se corresponden con dicho núcleo esencial caracterizador, o bien como consecuencia de la desnaturalización de los fines de interés general que deben satisfacer estos entes por determinados tipos de fundaciones.



Sobre esta base, se pretende realizar algunas reflexiones que pongan en evidencia tal instrumentalización que se ha producido de la persona jurídica tipo fundación y la consecuente confusión a propósito de su naturaleza desde la perspectiva de sus elementos básicos configuradores.

*ABSTRACT: The well-known phenomenon of the proliferation of foundations in our legal field leads to an important reflection on their legal nature that is directly linked to the social mistrust that the institution has generated.*

*The constitutional conception of this type of legal persons (art. 34.1 CE) entails the existence of an essential characterizing core that must be respected both by the legislator himself (art. 53.1 CE) and by the actors involved in the founding sector.*

*However, in practice there has been an instrumentalization of foundations motivated either by the action of the legislator, which has led to an excessive use of the founding legal form through the creation of specific types of foundations that do not correspond to said nucleus essential characterizer, or as a consequence of the denaturing of the aims of general interest that these entities must satisfy for certain types of foundations.*

*On this base, it's intended to carry out some reflections that highlight such instrumentalization that has occurred of the foundation-type legal person and the consequent confusion regarding its nature from the perspective of its basic configuring elements.*

**PALABRAS CLAVE:** Persona jurídica. Fundaciones. Naturaleza jurídica. Fines de interés general. Fundaciones creadas por el sector público. Fundaciones bancarias.

**KEY WORDS:** Legal person. Foundations. Legal nature. Purposes in the public interest. Foundations created by the public sector. Banking foundations.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y LAS FUNDACIONES CREADAS POR EL SECTOR PÚBLICO.—III. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DESTINADA A LA SATISFACCIÓN DE FINES DE INTERÉS GENERAL. TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES Y DESNATURALIZACIÓN DE LA ESENCIA: 1. FINES DE INTERÉS GENERAL Y NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN. 2. ALGUNAS TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES «DUDOSAS». 3. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS.—IV. CONCLUSIONES: LA FUNDACIÓN, REALIDAD

POLIVALENTE Y REALIDAD DESVIRTUADA.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. FUENTES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

Como es sabido, las fundaciones constituyen una realidad jurídica multidisciplinar dado que en su regulación convergen diversas ramas del Derecho: partiendo de la dimensión constitucional que supone el reconocimiento del derecho a fundar en el artículo 34 de la Constitución española (en adelante, CE), la estructura de la fundación como persona jurídica de Derecho privado le corresponde al Derecho civil; ahora bien, a ello debemos sumar la convergencia de otras dos ramas jurídicas, el Derecho administrativo, consecuencia de la necesidad de control de la actividad de la fundación a través del Protectorado, y el Derecho mercantil, a raíz de la creciente y necesaria participación de la fundación en la actividad económica asumiendo el papel de empresaria.

Esta realidad multidisciplinar, de suyo complicada, puede haber favorecido indirectamente la situación actual de las fundaciones en nuestro ámbito jurídico, en el que su proliferación indiscriminada es un fenómeno cuyos detonantes no han estado siempre alineados con la naturaleza de la persona jurídica. Su fundamento constitucional, el artículo 34.1 CE, declara que «*se reconoce el derecho de fundación para la satisfacción de fines de interés general, con arreglo a la ley*», lo cual se ha utilizado para dar cabida tanto a fundaciones cuyos fines de interés general están claramente desnaturalizados como a tipologías fundacionales que el propio legislador ha creado con poca concordancia con el denominado «núcleo esencial» configurador del derecho de fundación.

La consolidación legal de estas últimas tipologías, sometidas a regímenes específicos, parece haber llegado además a un punto de no retorno con relación al tema que nos planteamos, pues el surgimiento o consolidación de tales regímenes específicos (fundaciones creadas por el sector público, fundaciones bancarias) reafirman la posibilidad de apartarse, «*con arreglo a la ley*», de la esencia de la persona jurídica fundacional, recogida por el precepto constitucional y, por tanto, constitutiva de su «núcleo esencial» que el legislador está obligado a respetar conforme al artículo 53.1 CE.

Al tiempo, la evolución del Derecho general de Fundaciones parece haberse paralizado tras el intento, fallido, de actualizar la Ley 50/2002, de 26 de noviembre, de Fundaciones (en adelante, LF), que representó el Anteproyecto de Ley de Fundaciones (en adelante, ALF), informado por el Consejo de Ministros el 29 de agosto de 2014 pero inmediatamente abandonado ante la oposición del sector fundacional a una de sus novedades más importantes,

que fue considerada de carácter intervencionista: el establecimiento de un régimen sancionador que pretendía paliar de alguna manera las conocidas irregularidades de algunas fundaciones y que contaba con el precedente legislativo de la Ley del Parlamento catalán 21/2014, de 29 de diciembre, del Protectorado de las fundaciones y de verificación de la actividad de las asociaciones declaradas de utilidad pública (en adelante, LPF<sup>1</sup>).

El objetivo reformista plasmado en el ALF, que pretendía una modernización de las fundaciones que iba mucho más allá del establecimiento de dicho régimen sancionador<sup>2</sup>, ha quedado en el olvido desde el año 2014, si bien, como ha puesto de manifiesto el profesor EMBID IRUJO, «*esa reforma, ..., era necesaria e, incluso, debería haberse producido antes*»<sup>3</sup>.

En esta situación, se pretende realizar algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de estas personas jurídicas con la finalidad de poner en evidencia la mayor o menor concordancia de algunos tipos de fundaciones con la realidad conceptual de las mismas, pues si su configuración básica como institución jurídica, que parte del artículo 34.1 CE, constituye el fundamento de su desarrollo y aplicación normativa, cualquier desviación de dicha configuración básica constituirá una desnaturalización de la institución difícilmente aceptable desde la óptica constitucional y, también, desde el ámbito del Derecho civil, al que pertenecen los elementos estructurales de la persona jurídica tipo fundación<sup>4</sup>.

Se trata como es evidente de una cuestión que va mucho más allá de lo meramente teórico, pues este tipo de instrumentalizaciones de las fundaciones son las que sirven de fundamento para la creación de un clima de desconfianza social que afecta de forma general a todas las fundaciones, muchas veces de forma injustificada<sup>5</sup>.

## II. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DE DERECHO PRIVADO Y LAS FUNDACIONES CREADAS POR EL SECTOR PÚBLICO

La caracterización de las fundaciones como personas jurídicas de Derecho privado constituye el punto de partida para entender la fundación como institución jurídica, pues implica ubicarlas en este ámbito del Derecho en cuanto personas jurídicas a través de las que no se ejercen potestades públicas. Esta connotación básica ha quedado sin embargo desdibujada en los últimos años o, más bien, confundida, como consecuencia de la proliferación de fundaciones creadas por el sector público, mal denominadas «fundaciones del sector público» o «fundaciones públicas».

Estas expresiones parecen significar que la titularidad de tales fundaciones corresponde al sector público, cuando tal sector público se limita a ser

el sujeto fundador de una persona jurídica que, como tal persona jurídica, es autónoma, independiente del sujeto fundador<sup>6</sup>. En relación con ello, la autonomía de la fundación como persona jurídica respecto al fundador conlleva la imposibilidad de que la administración pública fundadora ejerza potestades públicas a través de la fundación, que podrá servir para el desarrollo de políticas sociales pero no para el ejercicio de potestades públicas, las cuales corresponden a la administración pública competente y no a la fundación creada por ella.

Se trata de consideraciones intrínsecas a la naturaleza de la fundación como persona jurídica de Derecho privado que de forma muy clara se explican en los *Elementos de Derecho civil* del profesor LACRUZ BERDEJO dentro del epígrafe significativamente titulado «¿Fundaciones de Derecho público?», el cual por su enorme interés a nivel de clarificación conceptual nos permitimos reproducir en algunos de sus párrafos (LACRUZ BERDEJO / SANCHO REBULLIDA / LUNA SERRANO / DELGADO ECHEVERRÍA / RIVERO HERNÁNDEZ / RAMS ALBESA, 2010, 315-316):

*«Todas las fundaciones deben perseguir fines de interés general, están sujetas a la vigilancia de la Administración pública y en su regulación se entrecruzan normas de Derecho público y de Derecho privado.*

*Pero todas son, necesariamente, personas de Derecho privado. (...). La fundación, por su propio concepto, es una persona privada de interés público (terminología del CC) o general (terminología de la Constitución y de la LF). (...).*

*Las Administraciones Públicas pueden crear fundaciones, pero no pueden ser titulares de una fundación, del mismo modo que una persona física o una sociedad anónima no pueden ser titulares de una fundación. He aquí por qué no puede haber «fundaciones públicas» en el sentido que se le suele dar a esa palabra, es decir, como tratándose de verdaderas fundaciones de las contempladas en el Código civil y en la LF: porque la fundación es su propio sujeto, y entonces no puede tener una ulterior connotación de pública o privada: es ella y nada más. (...).*»

Por otro lado, la legislación específica aplicable a las fundaciones creadas por el sector público ha sido y es clara en este sentido de dejar constancia de que a través de ellas no se pueden ejercer potestades públicas, pues se trata de una consecuencia directa de la autonomía de la fundación como persona jurídica con respecto a la administración pública fundadora.

En concreto, el artículo 128.2 párrafo segundo Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), cuyos artículos 128 a 136 contienen el régimen especial «*de las fundaciones del sector público estatal*», dice que estas fundaciones «*únicamente podrán realizar actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades*

*del sector público fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa. Las fundaciones no podrán ejercer potestades públicas».* Con anterioridad, el artículo 46.1.a) LF, derogado por la disposición derogatoria única d) LRJSP, declaraba igualmente de forma expresa que este tipo de fundaciones no podían ejercer potestades públicas.

Hay que distinguir, por tanto, lo que supone el ejercicio de tales potestades o poderes de actuación de las Administraciones públicas con relación a los particulares, que solo corresponden a la administración pública fundadora, con respecto a los fines, materiales, que pertenezcan a las competencias de la misma, fines que sí son atribuibles a la fundación siempre que sean fines de interés social. Consecuencia de ello ha sido que las fundaciones creadas por el sector público se conviertan en una manifestación importante del fenómeno que se conoce como «huida del Derecho administrativo»<sup>7</sup>.

Esta «huida del Derecho administrativo» de las Administraciones públicas a través de las fundaciones supone, desde la perspectiva privatista, una clara desviación o desnaturalización de la esencia de la persona jurídica tipo fundación, manifestación de la autonomía privada para la satisfacción de fines de interés general que, sin duda, subyace en el artículo 34.1 CE. En palabras de DURÁN RIVACOBRA (2011, 252), nos encontramos ante «un paladino ejemplo de la instrumentalización de la figura para el logro de formas de gestión más ágiles del sector público»<sup>8</sup>. Ahora bien, pese al reconocimiento legal de la capacidad fundadora de los entes públicos (art. 8.4 LF), y, como dijo de nuevo el profesor LACRUZ BERDEJO (2010, 316), «su naturaleza de Derecho privado parece indudable».

Pese a todo, se plantea el caso particular de las legalmente denominadas «fundaciones públicas sanitarias»: el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (en adelante, LMFAOS), que lleva por rúbrica «fundaciones públicas sanitarias», dice en su número 2 que tales fundaciones «son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de Salud».

Sobre esta base y la que otorga su posterior desarrollo reglamentario, realizado por Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, la doctrina administrativista ha distinguido estas denominadas «fundaciones públicas sanitarias» de las «fundaciones *stricto sensu*» con la finalidad de dejar constancia de su completamente distinta naturaleza y configuración jurídica. Así, según SOCÍAS CAMACHO (2006, 177-178), las «fundaciones públicas sanitarias» del artículo 111 LMFAOS «son la adaptación al ámbito sanitario de las entidades públicas empresariales previstas en la LOFAGE», estando su catalogación como entes públicos instrumentales «exenta de discusión», lo cual no tiene nada que ver con la fundación «*stricto sensu*»<sup>9</sup>.

En este sentido, son muy acertadas las palabras de GÓMEZ-FERRER MORANT (2006, 18), cuando dice que lo que ha sucedido con este tipo de mal denominadas por la propia ley «*fundaciones públicas sanitarias*» es que «*el Ordenamiento ha acudido a utilizar una categoría conocida —la fundación— para acuñar un ente institucional distinto*» con respecto a los previstos para llevar a cabo la organización de la Administración General del Estado «*en vez de acudir a una nueva denominación no importada del derecho privado*». Efectivamente, la denominación jurídica, aunque obedezca a una motivación, no es irrelevante, pues «*difumina el sentido de las categorías jurídicas e introduce un desorden conceptual que no puede calificarse sino de negativo*»; «*llamar a cosas distintas por el mismo nombre tiene una explicación, pero introduce un factor de desorden en el sistema jurídico*», en definitiva, una disfunción jurídica.

A ello cabría añadir que tal utilización por el legislador del término «*fundación*» para configurar una realidad jurídica distinta atenta contra la garantía de instituto que se deriva del artículo 34 CE para el derecho de fundación, que determina la obligación de los poderes públicos de respetar sus características o contenido esencial (art. 53.1 CE). Desde la STC 11/1981, de 8 de abril, de la que fue Ponente Luis Díez-Picazo, se entiende que el contenido esencial de los derechos fundamentales viene marcado por el elenco de «*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo... desnaturalizándose*» (Fundamento Jurídico 10)<sup>10</sup>. En este tipo de entes públicos sanitarios, ¿es reconocible el derecho de fundación del artículo 34 CE? Evidentemente, no, pudiéndose llegar incluso a cuestionar el reconocimiento legal de la capacidad para fundar de los entes públicos sobre la base de la misma garantía de instituto constitucional<sup>11</sup>.

Finalmente, conviene recordar que este contenido esencial o nuclear del derecho de fundación que los poderes públicos tienen obligación de respetar es considerado legislación básica por parte del legislador, o, lo que es lo mismo, constitutivo de «*condiciones básicas para el ejercicio del derecho de fundación reconocido en el artículo 34, en relación con el 53, de la Constitución*» y, por tanto, «*de aplicación general al amparo de lo previsto en el artículo 149.1.1.ª de la Constitución*», conforme al cual es competencia exclusiva del Estado «*la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos*».

Y, en concreto, el criterio del legislador estatal a propósito de qué es legislación básica en materia de fundaciones (disposición final primera.1 LF) comprende, entre otros, los artículos 2 (concepto de fundación), y 3.1, 2 y 3 (fines de interés general) LF<sup>12</sup>, por lo que cualquier tipología fundacional debe responder a estos elementos básicos, conformadores del núcleo iden-

tificador de la persona jurídica tipo fundación y, por tanto, independientes de la circunstancia de quién sea el sujeto fundador, público o privado.

### III. LA FUNDACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA DESTINADA A LA SATISFACCIÓN DE FINES DE INTERÉS GENERAL. TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES Y DESNATURALIZACIÓN DE LA ESENCIA

#### 1. FINES DE INTERÉS GENERAL Y NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO DE FUNDACIÓN

El destino de la persona jurídica tipo fundación a la satisfacción de fines de interés general constituye un requisito esencial de su configuración como institución que deriva del artículo 34.1 CE, conforme al que el derecho de fundación se reconoce «*para la satisfacción de fines de interés general*». Además, la voluntad del legislador constituyente no deja lugar a dudas a propósito de que el reconocimiento constitucional del derecho de fundación para la satisfacción de este tipo de fines lo es con carácter excluyente, es decir, sin posibilidad de que el legislador reconozca, a mayores, fundaciones para fines de interés privado, pues la introducción del requisito de los fines de interés general se hizo con la motivación, expresamente manifestada, de evitar las vinculaciones privadas de bienes<sup>13</sup>.

Con ello se continuó, como es sabido, con la tradición jurídica plasmada en el artículo 35.1.º del Código civil, sobre las fundaciones «*de interés público*», norma respecto de la que resultan sumamente ilustrativas a efectos de estas reflexiones las palabras del profesor Federico DE CASTRO referidas a que la utilización de la fundación para fines que no sean de interés social llevaría a una «*deformación*» del propio concepto de persona jurídica tipo fundación dada la no consideración de las realidades sociales subyacentes, y, como consecuencia de ello, a su crisis<sup>14</sup>.

En el mismo sentido, los *Elementos de Derecho Civil* del profesor José Luis LACRUZ BERDEJO (2010, 307) expresan que «*la finalidad es el nervio, la ley suprema de la fundación*». Y, a propósito del contenido esencial del derecho de fundación protegido por el artículo 53.1 CE se explica que forma parte del mismo, «*en primer lugar, la finalidad (de interés general) propuesta por el fundador a cuyo servicio se orienta la actividad del ente*», por lo que el legislador «*no puede variar un programa fundacional posible, lícito y de interés general*». Además, el reconocimiento constitucional de dicho derecho de fundación para fines de interés general «*con arreglo a la ley*» no puede entenderse en el sentido de que el legislador pueda regularlo a su arbitrio, pues en ese caso, efectivamente, «*el precepto sería ocioso*»; «*la*



*Constitución pretende garantizar tal derecho precisamente frente al legislador ordinario»* (2010, 314-315). Así lo corrobora, como hemos visto, la voluntad del legislador constituyente.

En definitiva, esta característica esencial del derecho de fundación, confirmada por STC 341/2005, de 21 de diciembre<sup>15</sup>, forma parte de ese denominado núcleo inmutable que el legislador no puede alterar por estar protegido constitucionalmente *ex* artículo 53.1 CE: la ley que regule el ejercicio del derecho «*en todo caso deberá respetar su contenido esencial*». Consecuentemente, el legislador español no ha alterado la naturaleza de las fundaciones como personas jurídicas al servicio de fines de interés general, en el sentido de fines socialmente relevantes, plasmándolo en este sentido en el artículo 3.1 LF<sup>16</sup>.

## 2. ALGUNAS TIPOLOGÍAS FUNDACIONALES «DUDOSAS»

La aplicación práctica de este aspecto básico del derecho de fundación plantea muchas dudas respecto al hecho de que determinadas tipologías fundacionales respondan realmente a los fines de interés general que forman parte del contenido esencial del derecho. Piénsese, por ejemplo, en las fundaciones creadas por empresas, en las que el objetivo de publicidad o *marketing* de la empresa fundadora puede ser más que evidente, con independencia de que sus estatutos recojan efectivamente como objetivos la consecución de fines sociales.

Algo parecido sucede con las fundaciones vinculadas a partidos políticos, cuyos estatutos presentan como común denominador la asunción del objetivo de contribuir al desarrollo de un determinado pensamiento político, para lo cual se realizan, entre otras, actividades de índole divulgativa del mismo (estudios, publicaciones, cursos, etc.)<sup>17</sup>. El desarrollo de un pensamiento político puede considerarse sin duda un fin de interés general siempre que sea de carácter democrático; de hecho, el artículo 3.1 LF contiene una enumeración ejemplificativa de fines de interés general que pueden perseguir las fundaciones en la que se incluye la «*promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos*» y el «*fomento de la tolerancia*»<sup>18</sup>.

Pero, ¿coinciden realmente en estos casos los objetivos estatutarios con el interés real hacia el que se encauza la actividad de la fundación? ¿No es posible que se produzca una utilización de dichos objetivos al servicio del partido político fundador? Habría que analizar, lógicamente, cada caso, si bien *a priori* es significativo que comúnmente se considere a estas fundaciones el «*think tank*» o «*fábrica de ideas*» de los partidos políticos<sup>19</sup>. Podría afirmarse desde luego que los fines de interés general que persiguen, que

así lo son considerados de forma teórica, en la práctica se convierten en objetivos propios del partido político fundador.

En definitiva, nos encontramos ante posibles desvirtuaciones o desnaturalizaciones de la forma jurídica fundacional con respecto a lo que constituye su esencia, derivada de la tradición jurídica (art. 35.1.º CC) y plasmada en la letra y espíritu del artículo 34.1 CE: la organización de un patrimonio para su destino a la satisfacción de fines de interés general o social, al que, con este objetivo, se dota de personalidad jurídica.

### 3. EL CASO PARTICULAR DE LAS FUNDACIONES BANCARIAS

El caso de las fundaciones bancarias plantea reflexiones semejantes en torno a la utilización de la forma jurídica fundacional para la satisfacción de fines que, seguramente, no son los propios de la institución o, en palabras del TC, no son aquellos a través de los que es «*recognoscible*» como tal. Se trata sin embargo de un caso muy particular, pues, al igual que las fundaciones creadas por el sector público, las fundaciones bancarias están sometidas a una legislación específica que les otorga cobertura legal, la que se deriva de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias (en adelante, LCAFB), de forma que la aplicación de la LF o, en su caso, normativa autonómica que sea de aplicación, solo se produce «*con carácter supletorio*» (art. 33 LCAFB).

La LCAFB creó la figura de la fundación bancaria con la finalidad de que estos nuevos entes asumieran la obra social de las antiguas cajas de ahorro, afectadas por la crisis financiera de los años precedentes (Preámbulo, I, LCAFB)<sup>20</sup>. A estos efectos, el artículo 32.1 LCAFB configura a la fundación bancaria como aquella que mantiene una participación mínima de un 10 por ciento en una entidad de crédito, a la que se transfiere la actividad financiera de la caja de ahorros, o bien ejerce un determinado control sobre dicha entidad de crédito derivado de la posibilidad de nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración<sup>21</sup>. Y, sobre esta base, el artículo 32.2 LCAFB sigue diciendo que «*la fundación bancaria tendrá finalidad social y orientará su actividad principal a la atención y desarrollo de la obra social y a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*»<sup>22</sup>.

Ahora bien, ¿estos contornos jurídicos se corresponden realmente con la naturaleza de la fundación como persona jurídica? Como vemos, el legislador es claro a la hora de declarar el fin social de la fundación bancaria pero, al tiempo y en el mismo lugar, dice que su finalidad también se orientará «*a la adecuada gestión de su participación en una entidad de crédito*». Con ello resulta evidente que este segundo objetivo, principal y general, de la fundación bancaria, desnaturaliza su esencia como fundación. ¿Una

fundación puede tener como objetivo gestionar su participación accionarial en una sociedad?

Las fundaciones se dirigen a la satisfacción de fines sociales y, para ello, pueden realizar actividades económicas, de forma directa (art. 24.1 párrafo primero LF) o a través de la participación accionarial en sociedades no personalistas (art. 24.1 párrafo segundo, 2 y 3 LF)<sup>23</sup>, pero el resultado de esta actividad económica debe ser necesariamente, por derivación conceptual, un instrumento para la realización del fin y no al contrario: la actividad económica, en este caso, la participación social en una entidad de crédito, no puede ser un fin en sí mismo de la fundación<sup>24</sup>.

Como dice el profesor EMBID IRUJO (2019, 178-179), la gestión de la participación en la entidad de crédito se ha «*elevado*» a la categoría de actividad propia o principal de la fundación bancaria, lo cual, efectivamente, no parece que pueda considerarse una forma de cumplir sus fines sociales, que se realizará en su caso con los beneficios económicos de tal actividad y no con ella en sí misma considerada.

A mayores, la disposición adicional tercera LCAFB exonera a la fundación bancaria de competencia estatal de cumplir con el artículo 27 LF, norma fundamental para garantizar la esencia de la fundación que realiza actividades económicas pues, como es sabido, obliga a destinar un mínimo del 70 por 100 de las rentas e ingresos obtenidos por la fundación en cada ejercicio económico a la satisfacción de sus fines de interés general y el resto a incrementar la dotación o reservas del ente. La fundación bancaria, ¿cómo coordina entonces su naturaleza jurídica fundacional con el destino de sus rentas e ingresos si no tiene que cumplir con esta obligación o una semejante?<sup>25</sup>

Por otro lado, la LCAGB dotó a este tipo de fundaciones de una legislación específica de carácter financiero que se justificó diciendo que «*es preciso que las fundaciones bancarias sean objeto de una regulación similar a la que el Estado ha dictado en relación con el resto de las entidades de crédito*» pues «*solo de esta manera se garantiza una adecuada ordenación del crédito en nuestro país*» (Preámbulo, II, LCAFB)<sup>26</sup>.

Entendemos, por tanto, que se estableció un régimen jurídico de este carácter, financiero, para las fundaciones bancarias, con fundamento sobre todo en que su participación en una entidad de crédito supone que, cuando la participación es significativa o de control, ellas mismas son en la práctica la entidad de crédito: la gestión de la participación social supondrá, en definitiva, la gestión de la entidad de crédito. En este sentido, son muy significativas de nuevo las palabras de EMBID IRUJO (2019, 156, 180) cuando dice que la fundación bancaria «*no llega a ser, propiamente, una entidad de crédito*» dado que el ejercicio de las actividades propias del ámbito empresarial «*corresponde a la entidad (por regla general, una sociedad*

*anónima bancaria) participada mayoritariamente por la fundación», pero la tenencia de una participación significativa en una entidad de crédito «la convierte en una singular especie de holding».*

Ciertamente, la fundación bancaria no llega a ser una entidad de crédito, pero su naturaleza jurídica fundacional queda claramente desvirtuada, por mucho que la ubiquemos en la categoría de «fundación con empresa», como consecuencia de la integración legal de su actividad empresarial ni más ni menos que en el fin o actividad principal de la fundación. Habrá que valorar, especialmente en los casos de participaciones significativas, en qué medida la gestión de tales participaciones en la entidad de crédito afecta al fin social asumido por la fundación, si bien ya desde un punto de vista eminentemente teórico se puede afirmar que la configuración jurídica de la fundación bancaria no se corresponde con la naturaleza de la fundación como institución<sup>27</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES: LA FUNDACIÓN, REALIDAD POLIVALENTE Y REALIDAD DESVIRTUADA

I. La fundación se ha convertido en una institución polivalente, que es utilizada incluso por el propio legislador para servir a fines que poco tienen que ver con su configuración constitucional, con esos contornos jurídicos que el TC dice que hacen «*recognoscible*» el derecho de fundación, particularmente, su servicio a fines de interés general o social.

Puede afirmarse por ello que la fundación sirve para lo que servía y para mucho más, por ejemplo, para desarrollar políticas sociales que en principio corresponderían a la administración pública (fundaciones creadas por el sector público), como instrumento de *marketing* empresarial (fundaciones creadas por empresas) o de partidos políticos (fundaciones vinculadas a partidos políticos) e, incluso, como forma de gestionar participaciones accionariales en entidades de crédito (fundaciones bancarias). Y ello sin citar los casos de fundaciones vinculadas a ideologías políticas cuyos fines estatutarios, no democráticos, no tienen encaje de ningún tipo en los fines de interés general que marca el artículo 34.1 CE.

II. Existe, por tanto, una tipología fundacional bastante variada en la que se produce una clara desnaturalización o desvirtuación de la fundación como persona jurídica. En dicha tipología encontramos como común denominador una prevalencia de los intereses particulares del fundador (administración pública, empresas o partidos políticos) sobre los fines que por naturaleza corresponden a la fundación, fines de interés social y de carácter altruista.

Finalizamos citando de nuevo al profesor EMBID IRUJO (2018, [en línea]), gran especialista en Derecho de fundaciones, con unas palabras que

sintetizan a la perfección la situación de instrumentalización en la que se encuentra la persona jurídica tipo fundación: es conveniente dedicar una atención cuidadosa al Derecho de fundaciones «con la finalidad principal, entre otras, de preservar su auténtica identidad jurídica, siempre en riesgo de deteriorarse por la atención preferente a otros objetivos».

## V. RESOLUCIONES CITADAS

- STC 11/1981, de 8 de abril. (BOE de 25 de abril de 1981).
- STC 341/2005, de 21 de diciembre. (BOE de 20 de enero de 2006).

## VI. FUENTES

*Trabajos Parlamentarios* (1989). I. Constitución Española. Tomo II. Madrid: Cortes Generales.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- CASTRO Y BRAVO, F. de (1991). *La persona jurídica*. Madrid: Civitas.
- DURÁN RIVACOBIA, R. (2011). La voluntad del fundador. En *Fundaciones, Problemas actuales y reforma legal*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 249-314.
- EMBED IRUJO, J.M. (2014). El lugar de la fundación como persona jurídica en el Código Mercantil. *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 43, 35-53.
- (2017). La especialidad de la fundación bancaria. En Embid Irujo, J.M. / Miquel González, J.M. / Morales Moreno, A.M. (dir.), Arijá Soutullo, C. / Santos Morón, M.ªJ. (coord.). *Estudios jurídicos, Liber Amicorum en honor a Jorge Caffarena*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 333-353.
- (2018). ¿Tiempo de reforma en el Derecho de fundaciones?. *Commenda*, Grupo Investigador en Derecho de Sociedades [en línea], disponible en <https://www.commenda.es/rincon-de-commenda/tiempo-de-reforma-en-el-derecho-de-fundaciones/>, 7 de marzo de 2018.
- (2019). *Actividad económica en el mercado e interés general, Sobre el Derecho de fundaciones de nuestro tiempo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R. (2006). Prólogo a la obra de SOCÍAS CAMACHO, J. M., *Fundaciones del sector público, En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: *Universitat de les Illes Balears-Iustel*, 13-18.
- HORNERO MÉNDEZ, C. (2014). La disposición patrimonial sin autorización administrativa previa en las fundaciones (a propósito de una fundación sospechosa). En Muñoz Machado, S. / Piñar Mañas, J.L. (dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2013*. Madrid: Iustel, 279-320.

- LACRUZ BERDEJO, J.L. / SANCHO REBULLIDA, F. DE A. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J. (2010). *Elementos de Derecho civil*. I. Parte General. Volumen Segundo. Personas. Madrid: Dykinson.
- LORENZO, R. DE / PIÑAR MAÑAS, J.L. / SANJURJO GONZÁLEZ, T. (2012). Reflexiones en torno a las fundaciones y propuestas de futuro. En Muñoz Machado, S. / Piñar Mañas, J.L. (dir.). *Anuario de Derecho de Fundaciones 2011*. Madrid: Iustel (61-85).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (1984). *Materiales para una Constitución, (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*. Madrid: Akal.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2017). La necesaria renovación del Derecho de Fundaciones, ¿reforma o derogación de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre? *Anuario de Derecho Civil*, fascículo IV, 1423-1482.
- (2019). Fundaciones vinculadas a ideologías políticas y fines de interés general. *InDret* [en línea], núm. 3/2019, disponible en [http:// https://indret.com/fundaciones-vinculadas-a-ideologias-politicas-y-fines-de-interes-general](http://https://indret.com/fundaciones-vinculadas-a-ideologias-politicas-y-fines-de-interes-general), 1-26.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. / REAL PÉREZ, A. (2000). *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*. Madrid: Marcial Pons.
- SALVADOR CODERCH, P. / SEUBA TORREBLANCA, J.C. (1998). Fundaciones, interés general y títulos de aportación. *Diario La Ley*, núm. 4467 y núm. 4468, 1844-1861.
- SOCIÁS CAMACHO, J.M. (2006). *Fundaciones del sector público, En especial, el ámbito sanitario*. Madrid: Universitat de les Illes Balears-Iustel.
- SOSA WAGNER, F. (2006). Prólogo al *Código de Fundaciones*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 13-15.

## NOTAS

<sup>1</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR (2017), 1425-1426.

<sup>2</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR, (2017), 1427-1476.

<sup>3</sup> Vid. EMBID IRUJO (2019), 20; de la misma obra, es muy interesante el epígrafe: «*I. La tradicional ausencia de un verdadero Derecho de las fundaciones (a modo de introducción)*», 25-29. Sobre la necesidad de reforma, también, EMBID IRUJO (2018), [en línea].

<sup>4</sup> La configuración básica de la fundación como persona jurídica de Derecho privado y de carácter no lucrativo pertenece al ámbito del Derecho civil, por lo que queda bajo su órbita todo lo relativo a la estructura de la persona jurídica, particularmente, todo lo relacionado con su constitución, en la que es determinante la autonomía de la voluntad del fundador y el destino de los elementos patrimoniales a la satisfacción de fines de interés general. En relación con ello, la regulación de la modificación, fusión y extinción de la persona jurídica forma también parte de estos elementos estructurales de la fundación de carácter civil. Vid. disposición final primera.2 LF, con las normas a las que se atribuye el carácter de legislación civil, de aplicación general conforme al artículo 149.1.8.ª CE.

<sup>5</sup> En este sentido, HORNERO MÉNDEZ (2014), ha hablado de «*la sospecha sobre las fundaciones*», 279-283, especialmente, 282-283.

<sup>6</sup> Vid. artículo 8.4 LF, sobre la capacidad para fundar de las personas jurídico públicas.

<sup>7</sup> Son muy descriptivas las palabras de SOSA WAGNER (2006), 16-17: «*la mórbida figura del XIX y de buena parte del XX, fortalecida inesperadamente por las necesidades del moderno tráfico jurídico, entra en el siglo XXI con la más envidiable lozanía y sometida a una transformación profunda al haberse convertido en otra forma más de gestionar los servicios públicos*», de forma que, «*con la moderna fundación no se produce una simple «huida» del derecho administrativo: más allá, todo permite pensar que se ha consumado un verdadero adulterio en la medida en que el legislador ha construido un cómodo lecho para que la Administración yacza en él, con la frecuencia que sus necesidades demanden, con el derecho privado, y todo ello ante la mirada impotente de su marido legítimo, el derecho administrativo, acaso serio y poco estimulante pero siempre fiel*».

<sup>8</sup> En la misma línea, se ha considerado «*difícil de explicar*» que las administraciones públicas recurran a las fundaciones para el cumplimiento de sus fines [DE LORENZO / PIÑAR MAÑAS / SANJURJO GONZÁLEZ (2012), 62].

<sup>9</sup> Vid. SOCÍAS CAMACHO (2006), 28 y sigs., 158 y sigs.

<sup>10</sup> Cfr. BOE de 25 de abril de 1981.

<sup>11</sup> Vid. SOCÍAS CAMACHO (2006), 117 y sigs. Además, «*la Administración, ..., no necesita del derecho de fundación para participar en la vida cultural, social y económica, pues los entes públicos ya de por sí mismos cuentan con sus propios mecanismos de descentralización institucional y formas de gestión (entre los que no se halla la fundación) para llevar a cabo las tareas de interés general que el Derecho positivo les encomienda*» (120).

<sup>12</sup> A mayores, la disposición final primera.1 LF atribuye la consideración de legislación básica a los artículos 4 (adquisición de la personalidad jurídica), 14 (patronato como órgano de gobierno y representación), 31 (causas de extinción) y 34.1 (protectorado como órgano de control) LF. Véase también la disposición final primera.2.a) LF.

<sup>13</sup> De ello queda constancia en el trámite de enmiendas de la Comisión Constitucional del Senado, en concreto, a raíz de las enmiendas formuladas por los senadores Iglesias Corral, Sainz de Varanda y Martín-Retortillo Baquer, en las que se alegó esta justificación. [MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, (1984), 183 y sigs.; también en *Trabajos Parlamentarios*, I, Constitución Española (1989), 3275 y sigs.]. El desarrollo de esta idea lo realizamos en PÉREZ ESCOLAR (2019), 5 y sigs.

Pese a ello, han admitido la posibilidad de que el legislador ordinario reconozca fundaciones para fines de interés particular, que quedarían al margen de la garantía constitucional (art. 53.1 CE), por no estar expresamente prohibidas, SALVADOR CODERCH / SEUBA TORREBLANCA (1998), 1844 y sigs.; PIÑAR MAÑAS / REAL PÉREZ (2000), 104 y 105.

<sup>14</sup> Vid. CASTRO Y BRAVO (1991), 222 y sigs., especialmente, 229-230, 236 y sigs., 295 y sigs.

<sup>15</sup> Ponente: Elisa PÉREZ VERA. Vid. Fundamentos Jurídicos 4 («*resulta esencial el interés público o social que ha de estar presente en todo ente fundacional*»), «*rasgo básico*» del que «*se deriva la exigencia de la intervención administrativa*») y 7 (el artículo 34.1 CE «*impone*» la finalidad de interés general «*como esencia de la naturaleza jurídica de la institución*»). (BOE de 20 de enero de 2006).

<sup>16</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 8 y sigs.

<sup>17</sup> Realizamos un análisis de los estatutos de las principales fundaciones vinculadas a partidos políticos en PÉREZ ESCOLAR (2019), 13-14.

<sup>18</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 14 y sigs., con la consecuente argumentación para las fundaciones cuyos fines de carácter político no sean conformes con principios democráticos.

<sup>19</sup> Vid. PÉREZ ESCOLAR (2019), 11-12, 14-15.

<sup>20</sup> Sobre el contexto económico detonante de su promulgación, Vid. EMBID IRUJO (2017), 333 y sigs.



<sup>21</sup> Según el artículo 32.1 LCAFB, «se entenderá por fundación bancaria aquella que mantenga una participación en una entidad de crédito que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la entidad, o que le permita nombrar o destituir algún miembro de su órgano de administración».

<sup>22</sup> Vid. EMBID IRUJO (2019), 167 y sigs., con el análisis detallado de la delimitación conceptual de la fundación bancaria que resulta de los preceptos citados.

<sup>23</sup> Sobre la deseable consideración de la fundación como empresaria por parte del Derecho mercantil, son muy destacables las aportaciones del profesor EMBID IRUJO (2014), 35 y sigs.; más recientemente, (2019), 20 y sigs., especialmente, 37 y sigs., 48 y sigs., 54 y sigs., 74-75: «el Derecho de sociedades, entendido, de acuerdo con una consolidada doctrina, como un Derecho de organizaciones, ha prestado las técnicas y los medios intelectuales idóneos para hacer viable y eficaz el funcionamiento de las personas jurídicas en punto a su articulación interna con vistas a la más adecuada formación y ejecución de su específica voluntad» (22).

<sup>24</sup> Con carácter general, la participación de la fundación en sociedades puede dar lugar a conflictos de intereses con el fin de interés general asumido cuando dicha participación suponga la integración de la fundación en un grupo de sociedades. Sobre este tema, de implicaciones netamente mercantilistas, Vid. EMBID IRUJO (2019), 129 y sigs., especialmente, 140 y sigs.

<sup>25</sup> En este sentido, EMBID IRUJO (2019, 179) dice que «la fundación bancaria dispone de un amplísimo margen de maniobra en una materia verdaderamente sensible desde el punto de vista de una entidad fundacional. Hubiera sido no solo conveniente, sino también necesario, que el legislador precisara con mayor detalle el alcance de la norma, ya que, de lo contrario, podría llegar a entenderse que la fundación bancaria es del todo libre para decidir el destino de sus rentas e ingresos, lo cual no resulta congruente con su naturaleza ni con el contenido de su actividad principal».

<sup>26</sup> A mayor abundamiento: «La necesidad de establecer un régimen jurídico sistemático desde una perspectiva financiera para este tipo de entidades obedece a que la fundación bancaria será, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, un actor principal presente en gran parte de las entidades de crédito de nuestro país, algunas de ellas sistémicas; por lo tanto, se incrementa la posibilidad de que un funcionamiento inadecuado de estas entidades tengan consecuencias para la estabilidad del sistema financiero». Cfr. Preámbulo, II, LCAFB.

<sup>27</sup> Sobre la consolidación de la fundación bancaria como «auténtica fundación especial», una vez superado el contexto económico excepcional determinante de la promulgación de la LCAFB, Vid. EMBID IRUJO (2017), 335 y sigs., 338 y sigs., 352-353; (2019), 44-45, especialmente, 157 y sigs., sobre lo cual acertadamente concluye que esta «singularidad institucional» es «inexplicable» «sin la crisis económica», 186-187.

*(Trabajo recibido el 16 de marzo de 2021 y aceptado  
para su publicación el 7 de junio 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 17-5-2021

*BOE* 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Terrassa, número 1.

### **DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR EN CASO DE SEPARACIÓN O DIVORCIO: LIMITACIÓN TEMPORAL.**

El derecho de uso sobre la vivienda familiar, en el ámbito de las situaciones de crisis matrimonial es una figura jurídica regulada en ambos cuerpos legales, el Código civil y el Código de Familia de Cataluña, reconociendo este último la posibilidad de su acceso registral, el cual, en todo caso, habrá de ajustarse a las exigencias y condiciones impuestas en el Código civil y en la legislación hipotecaria (cfr. art. 149.1.8.<sup>a</sup> de la Constitución española).

El expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de tal vivienda (cfr. art. 96, último párrafo, CC). Tal carácter impone consecuencias especiales, como la disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo. Además, el derecho de uso sobre la vivienda familiar íntegra, 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). En general se entiende que la posición jurídica de los hijos en relación con el uso de la vivienda familiar atribuido a uno de los cónyuges en casos de crisis matrimoniales no se desenvuelve en el ámbito de los derechos patrimoniales, sino en el de los familiares.

Con carácter general se ha afirmado que el derecho de uso familiar para ser inscribible en el Registro de la Propiedad debe tener trascendencia a terceros y debe configurarse, conforme al principio de especialidad con expresión concreta de las facultades que integra, identificación de sus titulares, temporalidad —aunque no sea necesario la fijación de un «*dies certus*», salvo que la legislación civil especial así lo establezca, como ocurre con el Código civil catalán, artículo 233-20— y además debe establecerse un mandato expreso de inscripción. Ahora bien, ya se configure de una u otra forma, siempre que se pretenda configurar como un derecho de uso inscribible deberá estar claramente determinado, siguiendo en esto el principio general de especialidad propio de nuestro sistema registral.

Puede apreciarse de la doctrina jurisprudencial, en el marco del Derecho común, un diferente tratamiento del derecho de uso sobre la vivienda familiar cuando existen hijos menores, que no permite explícitas limitaciones temporales —si bien, resultarán de modo indirecto— que cuando no existen hijos o estos son mayores, pues en este último caso, a falta de otro interés superior que atender, se tutela el derecho del propietario, imponiendo la regla de necesaria temporalidad del derecho. En el derecho catalán, y de modo análogo con lo que ocurre en el Derecho común, el derecho de uso sobre la vivienda familiar se configura como un derecho temporalmente limitado, pues así resulta del artículo 83 del Código de Familia, cuyo apartado segundo prevé que la duración de tal derecho sea, en caso de haber hijos, mientras dure la guarda atribuida al cónyuge a quien se confiera el derecho de uso; y, en caso de no haber hijos, mientras dure la necesidad que la motivó, sin perjuicio de prórroga, en su caso.

En el presente caso, al otorgarse el convenio regulador se atribuye el uso de la vivienda familiar a la esposa, atribución que se realiza «indefinidamente», dándose además la circunstancia de que, al tiempo de solicitar la inscripción registral del derecho, las hijas del matrimonio ya son mayores de edad.

Resolución de 17-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 1.

#### FINCA REGISTRAL: DATOS DE IDENTIFICACIÓN EN EL TÍTULO.

Para su acceso al Registro, los títulos inscribibles han de contener una descripción precisa y completa de los inmuebles a que se refieren, de modo que estos queden suficientemente individualizados e identificados (arts. 9.1.º LH y 51, reglas 1.ª a 4.ª, del Reglamento Hipotecario). Es cierto que, cuando dichos títulos hacen referencia a inmuebles ya inscritos, la omisión o discrepancia en ellos de algunos de los datos descriptivos con que estos figuran en el Registro no constituye en todo caso un obstáculo para la inscripción. Pero también debe entenderse que, por el contrario, 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 caso, el decreto de adjudicación específica que se refiere a la finca 4144 de Santiago de Compostela, indicando su ubicación, e incluso el tomo, libro y folio de su inscripción (tomo 1010, libro 49, folio 81). Por tanto, aunque en el decreto de adjudicación se omite expresar su superficie y linderos, resulta aplicable la doctrina referida acerca de que la omisión en los títulos de algunos de los datos descriptivos con que las fincas figuran en el Registro no constituye

en todo caso un obstáculo para la inscripción, sino que, en este caso, sí cabe apreciar de modo indubitado la identidad entre el bien inscrito y el transmitido.

Resolución de 18-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 9.

#### TITULAR REGISTRAL: DATOS DE IDENTIFICACIÓN RECOGIDOS EN LA ESCRITURA.

En nuestra legislación la identificación de los comparecientes en los instrumentos públicos se encomienda al notario, que habrá de realizarla por los medios establecidos en las leyes y reglamentos (art. 23 de la Ley del Notariado). El registrador, por su parte, debe comprobar que la identidad del otorgante así determinada coincide con la del titular registral por lo que resulte de los asientos del Registro, dados los efectos de la inscripción, especialmente respecto de la legitimación y fe pública registral (cfr. arts. 9 y 18 LH, y 51.9.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario). En todo caso, la denominada fe de conocimiento o fe de identidad de los otorgantes que compete al notario, aunque se trata de un juicio por este formulado es un juicio que, por su trascendencia, es tratado por la Ley como si fuera un hecho. Cuestión distinta es que la eventual discrepancia entre los datos de identificación que constan en el instrumento y los que figuran en el asiento registral pueda ser calificada por el registrador como defecto que impida la inscripción.

En la calificación registral, respecto de los nacionales otorgantes de aquellos países en los que no varía el número del documento oficial de identificación, el registrador deberá comprobar su exacta correspondencia con el número de identificación obrante en el Registro de la Propiedad, al objeto de evitar que personas con iguales nombres y apellidos y que hayan sido debidamente identificados por el notario puedan usurpar la identidad de los titulares registrales. Pero respecto de los nacionales de aquellos países (como Francia) en los que se produce una alteración en los números del documento oficial de identificación, debe entenderse suficiente la afirmación del notario, bajo su responsabilidad, sobre la correspondencia del compareciente con el titular registral, salvo que el registrador, motivando adecuadamente, no considere suficiente dicha aseveración.

El momento procedimental, único e idóneo, en el que el registrador ha de exponer todas y cada una de las razones que motivan su decisión de denegar la práctica del asiento solicitado es el de la calificación (art. 19 bis LH) sin que, por consiguiente, hayan de ser tenidas en cuenta las que pueda introducir en su informe.

Resolución de 18-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Sant Cugat del Vallès, número 1.

#### TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE: TRANSACCIÓN HOMOLOGADA JUDICIALMENTE.

Ciertamente, según los artículos 1216 del Código civil y 317.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, son documentos públicos los testimonios que de las

resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie expidan los letrados de la Administración de Justicia. Pero es también cierto, según la reiterada doctrina de esta Dirección General, que al exigir el artículo 3 de la Ley Hipotecaria para inscribir en el Registro los títulos relativos a bienes inmuebles o derechos reales que estén consignados en escritura pública, ejecutoria o documento auténtico, no quiere ello decir que puedan constar en cualquiera de estas clases de documentos indistintamente, sino en aquellos que legalmente sean los propios del acto o contrato que haya de inscribirse.

La transacción supone un acuerdo por el que las partes, dando, prometiendo o reteniendo alguna cosa evitan la provocación de un pleito o ponen término al que hubiesen ya comenzado, adquiriendo para las partes carácter de cosa juzgada (arts. 1809 y 1816 CC); mientras que su homologación o aprobación judicial, según lo previsto en el artículo 19 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, implica una revisión del organismo jurisdiccional respecto del poder de disposición de las partes en relación con el objeto del pleito, pero no implica un verdadero análisis y comprobación del fondo del acuerdo que supone la transacción.

Pero es también doctrina de esta Dirección General que cuando no se trate de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil) sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), el acuerdo transaccional homologado por el juez no es inscribible si no consta en escritura pública. Sin embargo, este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 26 de julio, 18 de septiembre y 11 de octubre de 2017 y 19 de febrero de 2021, entre otras) ha admitido la viabilidad como título inscribible de un acuerdo transaccional homologado por el juez, siempre que su objeto sea el propio de un convenio regulador (art. 90 CC) y resulte de la documentación presentada la conexión de dicho acuerdo con una situación de crisis matrimonial.

Resolución de 18-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Benidorm, número 3.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

Según se pone de manifiesto en la nota de calificación y conforme resulta del Registro y del cotejo de los documentos archivados, ni en el decreto dictado el 13 de abril de 2011 en el que se solicitó la extensión de la anotación preventiva de embargo, ni en el mandamiento de fecha 4 de junio de 2015 que ordenó su prórroga, consta referencia alguna al fallecimiento de los deudores ni a la legitimación pasiva de la herencia yacente de ambos. En consecuencia, resulta imposible de todo punto que el registrador tomara, con carácter previo a la extensión de los respectivos asientos, las cautelas previstas para procurar la adecuada defensa del patrimonio hereditario de la titular registral, dada la omisión en los títulos de ese transcendental dato. Partiendo de lo anterior, es cuando se presenta la adjudicación derivada del procedimiento en la que por primera vez consta la referencia a la herencia yacente, cuando el registrador, lógicamente, reclama el nombramiento de un defensor judicial o la intervención de un posible heredero.

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 (*vid.* 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.

En el supuesto de este expediente, no consta si el fallecimiento de los titulares registrales se produjo antes de iniciarse el procedimiento ordinario de origen en el que se reclamaron las cantidades impagadas, o con posterioridad a este y con anterioridad a la interposición del procedimiento de ejecución por lo que no puede establecerse si la deuda es totalmente o en parte de los deudores o de sus herederos. Pero independientemente de lo anterior, lo que sí consta, pues así se reconoce en la diligencia de ordenación emitida, es que no se produjo nombramiento de defensor judicial, tampoco figura la intervención de ningún interesado en la herencia yacente. Por lo tanto, la calificación debe confirmarse.

Resolución de 19-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 3.

#### CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN CONFORME A LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 82 Y 210 LH.

En el caso de condiciones resolutorias pactadas para garantizar obligaciones distintas del pago del precio aplazado en las compraventas no podría aplicarse por analogía el artículo 177 del Reglamento Hipotecario, ya que se trata de supuestos distintos (derechos de modificación jurídica y condiciones resolutorias en garantía de obligaciones de hacer y no hacer) y en ningún caso sería de aplicación el párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, referido a la condición resolutoria en garantía de precio aplazado, de estricta y restringida interpretación según este Centro Directivo (cfr. Resolución de 25 de marzo de 2014), pues se trata de una norma excepcional frente al principio general que consagra el artículo 82 de la Ley Hipotecaria en su párrafo primero: para cancelar es necesario el consentimiento del titular registral o resolución judicial en procedimiento en que se haya dado audiencia al mismo (arts. 24 de la Constitución y 20 y 82 LH).

El nuevo artículo 210 LH convive con la ya citada del artículo 82, párrafo quinto, pero, pese a tener una redacción ligeramente parecida, tiene un enfoque distinto, no es tan restrictiva como ella, e introduce algunas importantes novedades que no estaban contempladas en la del artículo 82. Así, sin pretender ser exhaustivos, el artículo 82, párrafo quinto, se aplicará a las hipotecas y condiciones resolutorias en garantía del precio aplazado cuando el día en que la prestación cuyo cumplimiento se garantiza debió ser satisfecha en su totalidad según el Registro, cuando haya transcurrido el plazo señalado en la legislación civil aplicable para la prescripción de las acciones derivadas de dichas garantías o el más breve que a estos efectos se hubiere estipulado al tiempo de su consti-

tución, siempre que dentro del año siguiente no resulte del mismo que han sido renovadas, interrumpida la prescripción o ejecutada debidamente la hipoteca. Por el contrario, el artículo 210.1, regla octava, de la Ley Hipotecaria se aplicará a las inscripciones de hipotecas, condiciones resolutorias y cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales, cuando no conste en el Registro la fecha en que debió producirse el pago íntegro de la obligación garantizada, cuando hayan transcurrido veinte años desde la fecha del último asiento en que conste la reclamación de la obligación garantizada o, en su defecto, cuarenta años desde el último asiento relativo a la titularidad de la propia garantía.

Cabe recordar que el artículo 222.5 de la Ley Hipotecaria, al regular el contenido de la nota simple, señala que como regla general se han de reproducir las cargas en extracto y solo de forma literal si así lo solicitara el interesado, lo que no supone una deficiente publicidad formal, ya que a la vista de la nota simple de información continuada existe la posibilidad de solicitar la información literal de las cargas inscritas o un complemento de la nota primitiva, lo que resuelve las necesidades de información completa y detallada.

Resolución de 19-5-2021  
BOE 4-6-2021  
Registro de la Propiedad de Tías.

#### RÉGIMEN DE APROVECHAMIENTO POR TURNOS: ADAPTACIÓN A LA LEGISLACIÓN VIGENTE.

Respecto al primer defecto, hay que señalar que la legislación sobre aprovechamiento por turnos, desde la primitiva ley de 1998, exigió un número mínimo de diez alojamientos para la constitución de un inmueble en régimen de aprovechamiento por turnos, sea en la modalidad de derecho real o personal.

Si el régimen preexistente se constituyó de tal modo que los titulares de los derechos son propietarios del inmueble por cuotas indivisas que llevan aparejado el disfrute de un turno determinado, la escritura de adaptación deberá ser otorgada por el presidente de la comunidad de propietarios, previo acuerdo de la propia comunidad adoptado por mayoría simple de asistentes a la Junta que se convoque al efecto. En la escritura de adaptación, el propietario único del inmueble deberá describir el régimen preexistente y manifestar que los derechos que se van a transmitir en el futuro tendrán la naturaleza que resulte de aquel, idéntica a la de los ya enajenados. Si desea comercializar los turnos aún no transmitidos como derechos de aprovechamiento por turno deberá, además, constituir el régimen respecto de los períodos disponibles con los requisitos establecidos en esta Ley, pero sin necesidad de que el régimen se constituya sobre todo el inmueble, sino solo respecto de los turnos no enajenados. Si desea transformar todo el régimen para convertirlo en un régimen de derechos de aprovechamiento por turno, tal y como lo regula la Ley, podrá hacerlo cumpliendo todos los requisitos establecidos en esta, pero manteniendo la duración que tuviera el régimen preexistente, incluso si era indefinida. La circunstancia de que hubiera escritura de adaptación no merma en nada la exigencia legal de un número mínimo de diez apartamentos para la posibilidad de explotación del inmueble en régimen de aprovechamiento por turnos y precisamente que entonces cumpliera con dicho requisito permitió la inscripción de la adaptación a efectos meramente publicitarios del régimen.

En cuanto a los defectos señalados en segundo y tercer lugar deben ser igualmente confirmados, en cuanto del expediente del recurso interpuesto, no resulta acreditado la prestación expresa de consentimiento a la modificación del régimen por parte de la empresa de servicios mediante comparecencia en el acta de su representante. Tampoco se acredita el nombramiento de quien certifica del acuerdo del club sin ser suficiente la mera manifestación —en sede del recurso— de que no se aporta nuevamente la justificación por no haber cambios en los nombramientos de secretario y presidente, desde la última acta de desafección presentada ante el propio Registro, pues cada acto inscribible tiene su propia exigencia de acreditación formal y sustantiva a efectos de inscripción (cfr. art. 18 LH).

Resolución de 20-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

La cuestión central de este expediente es si existen dudas fundadas o no respecto a que la finca que se pretende inmatricular por vía del artículo 205 LH esté previamente inscrita. Con arreglo a la doctrina ya consolidada de este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados.

Sin embargo, la calificación no expresa motivo alguno por el que se ha alcanzado tal conclusión, existiendo una evidente disparidad en las descripciones de las fincas en cuestión, según se ha expuesto en el fundamento primero. No puede tomarse en consideración la extensa y detallada argumentación que realiza la registradora en su informe.

Resolución de 20-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA Y SOBRE LA AFECTACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

Como ya se indicó en las Resoluciones de 14 de noviembre de 2016 y 21 de mayo de 2018, el artículo 342 del Reglamento Hipotecario dispone que «también podrán expedir los registradores, a petición de los interesados, certificaciones de los documentos que conserven en su archivo y respecto de los cuales puedan considerarse como sus archiveros naturales», documentos entre los que, sin duda, se encuentran los incorporados a la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Esta posibilidad debe entenderse limitada a los efectos informativos que se desprenden de los citados preceptos, sin que en ningún caso pueda traducirse en nuevos trámites no contemplados en el procedimiento que pudieran suponer sucesivas intervenciones de los interesados.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

La 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.

En el presente caso, la oposición formulada se apoya en un escrito firmado por el alcalde-presidente del Ayuntamiento de Turrillas, al que acompaña planimetría georreferenciada y certificación del secretario municipal en el que se declara de modo expreso el carácter comunal de los terrenos donde se ubica la estación de radar, enclavada en la parcela 135 del polígono 11. Asimismo, las sentencias aportadas junto con el escrito de alegaciones afirman la inclusión de la finca presuntamente invadida en el Inventario Municipal como bien demanial, suponiendo un indicio contrario a las pretensiones del actor, ahora recurrente en este recurso; y se declara expresamente que las instalaciones de AENA ocupan parcialmente la parcela 90 del polígono 11.

Por todo ello, debe confirmarse la calificación a la vista del informe municipal, 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 municipal o incluso judicial para instar la rectificación de la resolución dictada. Y sin que por otra parte el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica o el recurso contra la calificación sea el adecuado para contender acerca del contenido de dicha resolución municipal.

Resolución de 21-5-2021

BOE 4-6-2021

Registro de la Propiedad de Pineda de Mar.

**HIPOTECA UNILATERAL: CANCELACIÓN.**

Independientemente de la consideración de su naturaleza jurídica, lo cierto es que la hipoteca unilateral una vez inscrita ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 del Reglamento Hipotecario. Se crea mediante la inscripción de la escritura de constitución un derecho potestativo o de modificación jurídica desde el lado del acreedor y una oferta vinculante desde el lado del constituyente en los términos que resultan del Registro. Por ello la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para

su constitución, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la aceptación. El artículo 141 de la Ley Hipotecaria establece como requisito esencial de eficacia de la hipoteca unilateral la aceptación del acreedor.

Como ha observado acertadamente la doctrina, la ley no señala un plazo para formalizar la aceptación, limitándose a fijar el de dos meses, desde el requerimiento, para que se pueda cancelar la hipoteca, pero sin fijar plazo alguno para realizar el requerimiento, ni tampoco un plazo máximo distinto para declarar la aceptación, cuando no se haya producido un previo requerimiento. Lo que sí hace el precepto es limitar la posibilidad de cancelación a petición del dueño de la finca, aunque no conste la aceptación y por dilatado que sea el plazo desde su constitución, si no media el previo requerimiento. No es bastante el conocimiento de la hipoteca por el acreedor favorecido para que, desde entonces, se empiece a contar el plazo de los dos meses a que estos preceptos se refieren, ya que para que empiece a correr este plazo se necesita una especial intimación o requerimiento en el que se determinará expresamente que transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación, la hipoteca podrá cancelarse a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona en cuyo favor se constituyó.

En la escritura se recoge y acredita por diligencia la entrega de cédula de notificación con fijación de plazo para contestar; esta cédula de notificación implica una transcripción literal de la escritura y así se hace constar en la diligencia de cumplimiento de la notificación y requerimiento. Por tanto, se ha cumplido la advertencia específica y todo lo demás previsto por el artículo 141 de la Ley Hipotecaria y la doctrina de este Centro Directivo en los términos exigidos como garantía para el acreedor.

Resolución de 24-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Amposta, número 1.

#### DOCUMENTO EXTRANJERO: JUICIO DE SUFICIENCIA HECHO POR NOTARIO EXTRANJERO.

Debiendo ejecutarse la representación en España, al referirse a un inmueble situado en nuestro país (art. 10.11 CC) el juicio notarial debe ser equivalente al exigido a un notario español. Por lo tanto, subsumible en el artículo 98 de la Ley 24/2001.

Desde la perspectiva formal, la legalización, la apostilla en su caso, o la excepción de ambos, constituyen un requisito para que el documento otorgado ante funcionario extranjero pueda ser reconocido, formalmente, como auténtico en el ámbito nacional. Sin embargo, el juicio de suficiencia realizado por el notario de Países Bajos, no puede ser considerado equivalente, en cuanto como resulta del mismo instrumento lo es a los efectos del Derecho de aquel país, no siendo allí donde la representación surte sus efectos sino en España.

En cuanto el título que se presenta es una ratificación de una escritura anterior; como observa el registrador, esta debería aportarse ya que el negocio jurídico está compuesto por dos documentos, tal y como resulta de la escritura presentada y ambos deben ser objeto de calificación conjunta (arts. 18 y 20 LH). Para ello, el título debe ser traducido a lengua española y apostillado.

Resolución de 25-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Burjassot.

#### APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO: DERECHO DE OPCIÓN.

La proximidad conceptual entre los derechos de edificación y aprovechamiento urbanístico se ha acentuado en la legislación actual, una vez superado el citado sistema de adquisición gradual de facultades urbanísticas. Sin embargo, desde el punto de vista de la técnica urbanística pueden diferenciarse aún, los conceptos de edificabilidad, aprovechamiento urbanístico subjetivo o patrimonializable y de aprovechamiento real u objetivo —cfr. artículo 68 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana—. Como ha reconocido esta Dirección General —*vid.* Resoluciones de 14 de junio de 2011 y 13 de abril y 22 de julio de 2016—, el aprovechamiento urbanístico subjetivo reconocido al propietario, como parte que es de las facultades de aprovechamiento que el derecho de propiedad sobre una finca determinada atribuye a su titular, puede ser objeto de negociación jurídica, ordinariamente vinculada a la titularidad de la finca, aunque nada impide, en vía de principios, que sea el aprovechamiento, y no la finca, el objeto del negocio ni que el aprovechamiento se disocie de la propiedad de la finca de que procede de modo similar a como se disgregan otras facultades del dominio mediante la constitución de derechos reales limitados (v. gr. derecho de superficie o de aprovechamiento especial).

Desde el punto de vista registral, el capítulo V del Real Decreto 1093/1997, se ocupa de la inscripción del aprovechamiento urbanístico. Tanto desde el punto de vista del principio de especialidad, como desde la perspectiva de los principios de tracto sucesivo, folio real y coordinación de la publicidad registral con la legislación urbanística, resulta evidente que es condición necesaria para el reflejo en el Registro de la Propiedad de las transferencias o distribución de aprovechamiento urbanístico entre varias fincas, ya sean del mismo titular o de titulares distintos, ya pertenezcan a un mismo Registro o a varios, la perfecta identificación no solo de la finca de origen, sino también de la finca o fincas de destino, de forma que el aprovechamiento cedido o transferido desde la finca de origen a la de destino pueda ser identificado no solo por su contenido concreto, medido en número de unidades de aprovechamiento, en función de los parámetros sobre edificabilidad y usos que establezca la legislación urbanística aplicable, sino también por la ubicación concreta en que ese aprovechamiento podrá ser materializado identificando inequívocamente la finca de destino.

Ahora bien, esta determinación de la finca de destino no queda sin más sometida a la voluntad del titular o de los titulares de la misma (sea o no el mismo o los mismos que los de la finca de origen), sino que en todo caso requerirá su conformidad con la legislación y el planeamiento urbanístico. Por su parte, de forma diferenciada a la denominada transferencia de aprovechamiento, el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 permite que el aprovechamiento urbanístico se inscriba como finca especial disgregada del suelo, a modo de segregación de parte de su contenido, y mediante apertura de folio independiente.

De la doctrina sentada por este Centro Directivo pueden extraerse una serie de conclusiones que permiten comprender el régimen registral del aprovechamiento urbanístico cuando es objeto de negociación con independencia de la finca del que deriva. En primer lugar, debe diferenciarse el negocio civil de transmisión del negocio de transferencia como técnica equidistributiva entre

fincas. El primero es posible conforme a las normas generales civiles mientras que el segundo únicamente cuando lo permita la respectiva legislación autonómica, como es el caso de la legislación valenciana. En segundo lugar, aunque se admita la validez civil del negocio de transmisión su acceso registral como finca independiente solo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente. En cualquier caso, tanto en transmisión como en transferencia es indispensable cumplir las exigencias derivadas de los principios hipotecarios, entre ellos, el de especialidad. Respecto a la forma de acreditación de las concretas unidades de aprovechamiento subjetivo que puedan corresponder al propietario de una finca incluida en una determinada unidad de actuación debe mantenerse la competencia de la Administración urbanística como órgano responsable de la aplicación del planeamiento y tratarse de un elemento patrimonial que si bien deriva de la titularidad dominical el mismo es determinado por el planeamiento aplicable. Ello no planteará especial problema cuando se trate de aprovechamientos reconocidos por la Administración. Pero en otro caso aunque pueda admitirse la posibilidad teórica de transmitir a tercero todo o parte del aprovechamiento asociado a una determinada finca en el caso de actuaciones sistemáticas el mismo se encuentra sometido a una natural indeterminación hasta su concreción en el instrumento de equidistribución que por su carácter integrado impone ponderar y mensurar los derechos de los propietarios respectivos.

En el presente caso, como resulta del certificado aportado, resulta acreditado que se trata de una actuación sistemática o integrada, en la medida que se ha delimitado la unidad de ejecución y la finca constituye un elemento adscrito a la misma y que se va a gestionar por un programa de actuación integrada regulado en la ley urbanística —cfr. artículos 69 y 113 y siguientes de la Ley 5/2014—. Sin embargo, no resulta acreditado que se trate de un sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares pues como resulta de la ficha urbanística aportada las condiciones de gestión se limitan a prever que pueda ser directa o indirecta en cualquiera de sus modalidades —artículo 113 de la ley autonómica— incluyendo por tanto la gestión pública directa o indirecta, además de la gestión por los propietarios. Además no se concretan las unidades de aprovechamiento que se transmiten lo que resulta esencial. Por lo que se confirma el primero de los defectos al no resultar acreditado que se trata de un sistema de gestión privada ni las unidades de aprovechamiento que específicamente corresponden a la finca registral y por tanto a su propietario. El mismo obstáculo concurre para la inscripción del derecho de opción al no precisar las unidades de aprovechamiento a que específicamente se refieren ni las que corresponden a la propia finca.

Por otra parte, aunque fuera procedente la apertura de folio, no se comparte la necesidad de consentimiento de los titulares inscritos o anotados de acuerdo con el artículo 33 del Real Decreto 1093/1997, al no tratarse de una transferencia entre fincas, quedando salvaguardados los derechos del acreedor hipotecario conforme a las reglas generales de los artículos 123 y 125 de la Ley Hipotecaria. Tampoco resulta exigible en este caso la autorización administrativa prevista en los artículos 37 del Real Decreto 1093/1997 y 78 de la Ley de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Paisaje, de la Comunitat Valenciana, al tratarse en este caso de una transmisión civil de aprovechamiento y no una técnica de gestión urbanística.

En cuanto al plazo el artículo 14 del Reglamento Hipotecario considera esencial la determinación del plazo para el ejercicio de la opción, que no podrá exceder de cuatro años. En vía de principios, de dicho precepto se deriva que



para poder acceder a los libros registrales el derecho de opción debe estar necesariamente sujeto a plazo y este no debe exceder el de cuatro años, aunque es bien cierto que también el propio precepto permite un plazo superior en el supuesto de arrendamiento con opción de compra. Podría decirse, por tanto, que el artículo 14 del Reglamento Hipotecario impediría la inscripción de un derecho de opción por más de cuatro años, pero también cabe entender que cuando se trata de una opción complementaria de otra figura jurídica que lo admita, siempre que esté suficientemente delimitada, pueda acceder a los libros registrales configurada al amparo de los principios de libertad civil y «*numerus apertus*» en materia de derechos reales. Este es el caso del presente recurso, pues esa complementariedad respecto del negocio principal haría inviable la opción si esta se limitara estrictamente a cuatro años.

No se confirma tampoco el defecto relativo a la exigencia de aclaración en el título inscribible del precio de ejercicio de la opción y si, en su caso, es diferente al de la eventual concesión, como requisito esencial que impone el artículo 14 del Reglamento pues de la propia escritura resulta que no se ha estipulado precio alguno para la concesión de la opción.

Procede confirmar, en cambio, el defecto relativo al objeto del derecho de opción no siendo admisible que se refiera a una finca carente de existencia actual sino a una eventual resultante de la reparcelación. Sí lo sería en caso de referirse al aprovechamiento que corresponda a la finca si resulta debidamente acreditado, como se ha argumentado anteriormente, en cuyo caso podría ejercerse antes de la aprobación del proyecto y luego materializarse con la aprobación definitiva, por subrogación real, sobre la respectiva finca adjudicada.

Resolución de 25-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Navalcarnero, número 1.

#### OBRA NUEVA: LICENCIA DE PRIMERA OCUPACIÓN POR SILENCIO.

Con carácter previo, 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.

Como 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, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica.

El vigente 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, no incluye la ocupación entre los actos para los que se requiere autorización expresa, con silencio administrativo negativo. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de abril de 2013 admitió la posibilidad de obtener la licencia de primera ocupación en virtud de silencio administrativo positivo, por aplicación de lo dispuesto en el artícu-

lo 154.6.<sup>a</sup> de la Ley 9/2001 de 17 de julio, en relación con el artículo 153.4.<sup>a</sup>, 5.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> del mismo texto legal (en su redacción anterior) pero con sujeción a unos requisitos imprescindibles para que opere el silencio positivo. De esta forma, el cómputo del plazo del silencio positivo tiene ineludiblemente como «*dies a quo*» el otorgamiento del acta de conformidad como resulta del apartado 6 del artículo 153 citado. Si el acta es de disconformidad por no adaptarse la obra al proyecto licenciado o al ordenamiento urbanístico, jamás podrá operar la institución del silencio positivo, que como ya hemos dicho, tampoco puede operar antes de que la Administración inspeccione y levante acta de conformidad.

En el supuesto de este expediente el recurrente alega el trascurso del plazo previsto para el silencio administrativo positivo, acompañando para acreditar dicha figura, sendas solicitudes al citado ayuntamiento tanto de licencia de primera ocupación, de fecha de 27 de enero de 2017, como de certificación del silencio administrativo positivo, de fecha 23 de octubre de 2020, sosteniendo que la licencia debe entenderse otorgada por silencio administrativo positivo por el transcurso del tiempo previsto. No obstante, la Administración no expide el certificado acreditativo del silencio requerido —cfr. art. 48.2.a) del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio—, siendo su apreciación un problema extrarregistral en el que no puede entrar ni corresponde al registrador con los limitados medios de que dispone; por lo que, dado que no queda indubitadamente acreditada la concesión de la licencia de ocupación, ni tampoco la certificación municipal de haber tenido lugar el silencio administrativo positivo, procede confirmar la nota de calificación.

Resolución de 26-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Cieza, número 2.

#### DERECHO DE TRANSMISIÓN: INTERVENCIÓN DEL LEGITIMARIO DEL TRANSMITENTE.

En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la Sentencia de 11 de septiembre, al señalar que «(...) el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código civil no constituye, en ningún caso, una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del «*ius delationis*» en curso de la herencia del causante que subsistiendo como tal, inalterado en su esencia y caracterización, transita o pasa al heredero transmisario. No hay, por tanto, una doble transmisión sucesoria o sucesión propiamente dicha en el «*ius delationis*», sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia que *ex lege* ostentan los herederos transmisarios; dentro de la unidad orgánica y funcional del fenómeno sucesorio del causante de la herencia, de forma que aceptando la herencia del heredero transmitente, y ejercitando el «*ius delationis*» integrado en la misma, los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente». Esta misma tesis ha seguido la doctrina de este Centro Directivo.

No obstante, más que en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios adquieren la herencia del primer causante porque son herederos del transmitente y solo

en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación abintestato o forzosa, según los supuestos.

Por otro lado, y como circunstancia especialmente reseñable en el presente caso, existe como interesada en los derechos sucesorios de uno de los hijos transmitentes una legitimaria en la cuota legal usufructuaria. La legítima, tal y como se ha configurado en el Código civil (art. 806: «La legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos») se identifica como una auténtica «*pars bonorum*» que confiere al legitimario un derecho como cotitular —por mandato legal— del activo líquido hereditario, quedando garantizada por la ley igualmente una proporción mínima en dicho activo y que —salvo excepciones, cuyo planteamiento aquí no corresponde— ha de ser satisfecha con bienes hereditarios, por lo que su intervención en cualquier acto particional de la masa hereditaria del transmitente debe ser otorgado con el consentimiento de dicho legitimario, con independencia del título —herencia, legado o donación— con el que se haya reconocido su derecho.

Como ha afirmado el Alto Tribunal, lo que se transmite y lo que se adquiere en virtud del artículo 1006 del Código civil no puede ser más que el «*ius delationis*», que si bien se ejercita de manera directa —sin pasar por la herencia del transmitente— solo puede referirse al acto de aceptar o repudiar la herencia del primer causante, pero no debería afectar a otras consecuencias más allá de ello, máxime cuando ello podría derivar en la vulneración de una ley reguladora de nuestro derecho sucesorio. Sin que ello suponga una ruptura de la doctrina fijada por el Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el «*ius delationis*» no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, este pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados. Y concluye que cualquier operación tendente a la partición de la herencia a la que esté llamado el transmitente debe ser otorgada por todos los interesados en su sucesión. En los términos expresados en dichas resoluciones, serán los cotitulares de esta masa los que deban verificar estas operaciones, dentro de los cuales deben tenerse en consideración los designados como herederos y de forma indudable sus legitimarios. Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importe de la legítima, el «*ius delationis*» también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (art. 1000.1.º CC).

En el concreto supuesto de este expediente, la discrepancia que motiva el recurso versa sobre si la intervención del cónyuge del transmitente en la partición de la herencia del primer causante puede consistir solamente en declarar que presta su consentimiento a esa partición, en la que no recibe adjudicación en pago de su participación, o por el contrario debe hacerse una adjudicación o especificarse en qué concepto presta ese consentimiento, es decir, cuál es el concreto título material que constituye la causa de que no reciba ninguna adjudicación.

Resolución de 26-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Torrent, número 1.

**SOCIEDAD DE GANANCIALES: TÍTULO FORMAL INSCRIBIBLE EN CASO DE LIQUIDACIÓN.**

Como cuestión previa, debe recordarse que, como tiene declarado esta Dirección General, de conformidad con el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En el supuesto de este expediente no se trata de un convenio regulador aprobado en un proceso de separación, nulidad y divorcio (cfr. arts. 769 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino ante un procedimiento para la liquidación del régimen económico-matrimonial (cfr. arts. 806 y sigs. de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Es reiterada la doctrina de este Centro Directivo en relación con el convenio regulador que establece que puede suponer un título inscribible, en materia de liquidación del régimen económico-matrimonial, respectos de aquellos negocios que puedan tener carácter familiar, como pudiera ser la liquidación del patrimonio ganancial, así como —en los supuestos del régimen de separación de bienes— la adjudicación de la vivienda habitual y otros bienes accesorios a ella, destinados a la convivencia y uso ordinario de la familia, y en general para la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges derivadas de la vida en común.

Esta Dirección General ha afirmado (cfr. Resolución de 19 de julio de 2016) que en los procesos judiciales de división de herencia que culminan de manera no contenciosa se precisa escritura pública; esta misma regla es aplicable, por la remisión legal que se efectúa según ha quedado expuesto, al caso de la liquidación judicial de gananciales.

En esencia, el defecto que invoca la registradora es que, dentro de un proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, concluido por mutuo acuerdo entre los excónyuges, se inventaría como ganancial un bien que registralmente consta como privativo, adquirido en estado de solteros por ambos. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno a la liquidación de gananciales.

Resolución de 26-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Caravaca de la Cruz.

**CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.**

Con carácter previo, debe recordarse que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la Propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con dicha concreta calificación, rechazándose, como ha reiterado este Centro Directivo, cualquier otra pretensión basada en otros motivos

o en documentos no presentados en tiempo y forma, ya que el recurso tiene como objeto valorar si la calificación es fundada en derecho teniendo únicamente en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Según la reiterada doctrina fijada por este Centro Directivo, la reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada conforme al artículo 1504 del Código civil, está sujeta a rigurosos controles que salvaguardan la posición jurídica de las partes, los cuales se pueden sintetizar de la siguiente forma: primero, debe aportarse el título del vendedor (cfr. art. 59 del Reglamento Hipotecario), es decir, el título de la transmisión del que resulte que el transmitente retiene el derecho de reintegración sujeto a la condición resolutoria estipulada; segundo, la notificación judicial o notarial hecha al adquirente por el transmitente de quedar resuelta la transmisión, siempre que no resulte que el adquirente requerido se oponga a la resolución invocando que falta algún presupuesto de la misma. Formulada oposición por el adquirente, deberá el transmitente acreditar en el correspondiente proceso judicial los presupuestos de la resolución, esto es, la existencia de un incumplimiento grave (Sentencia del TS de 21 de septiembre de 1993), que frustre el fin del contrato por la conducta del adquirente, sin hallarse causa razonable que justifique esa conducta (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 1991, 14 de febrero y 30 de marzo de 1992, 22 de marzo de 1993 y 20 de febrero y 16 de marzo de 1995), y, tercero, el documento que acredite haberse consignado en un establecimiento bancario o caja oficial el importe percibido que haya de ser devuelto al adquirente o corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario). Este requisito se justifica porque la resolución produce, respecto de una y otra parte, el deber de «restituirse lo que hubiera percibido», en los términos que resultan del artículo 1123 del Código civil.

En los casos de ejecución judicial de la condición resolutoria ha señalado este Centro Directivo que una cosa es dar publicidad a la condición, y otra al desenvolvimiento de la misma mediante la oportuna demanda judicial, momento en el que se pone en juego un nuevo derecho, el de tutela judicial efectiva, que no resulta suficientemente protegido mediante la simple constancia registral de la condición, sino que requiere, además, que se acredite que los terceros adquirentes y titulares de cargas posteriores han tenido la posibilidad de intervenir en el proceso, algo que solo puede obtenerse si son demandados o se les notifica la existencia del mismo al tiempo de admitirse la demanda, y en todo caso antes de que se dicte la sentencia y con posibilidad efectiva de intervenir en el procedimiento en defensa de sus derechos. En los supuestos en los que el desenvolvimiento de la condición resolutoria se realiza de forma extrajudicial, también ha indicado esta Dirección General que, en relación con los titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad a la condición, es necesario que la documentación cumpla unas mínimas garantías o, en su defecto, se obtenga la oportuna resolución judicial.

Resolución de 27-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 6.

#### **PROPIEDAD HORIZONTAL: INSCRIPCIONES A FAVOR DE LA COMUNIDAD DE PROPIETARIOS.**

La falta de personalidad jurídica de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal ha sido sostenida por este Centro Directivo (cfr.

Resoluciones de 15 de junio de 1973, 1 de septiembre de 1981, 16 de octubre de 1992, 16 de febrero de 2000, 23 de junio de 2001, 25 de mayo de 2005, 3 de marzo de 2008, 3 de julio de 2013, 12 de febrero de 2016, 26 de julio de 2017 y 3 de abril de 2018), extrayendo de ello su corolario registral en el sentido de no admitir la posibilidad de que a favor de estas comunidades como tales, pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad el dominio de bienes inmuebles.

No obstante lo anterior, actualmente debe tenerse en cuenta que la nueva redacción del artículo 9 de la Ley Hipotecaria, por el artículo 1.1 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, permite no solo practicar anotaciones preventivas de demanda y embargo a favor de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal, sino que admite que también sea titular registral «(...) cuando sea el caso, el patrimonio separado a cuyo favor deba practicarse aquella, cuando este sea susceptible legalmente de ser titular de derechos u obligaciones».

Este Centro Directivo ha admitido el acceso registral de bienes a favor de la comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal en los supuestos de ejecuciones judiciales, como una consecuencia normal de la ejecución de un embargo por deudas de uno de los propietarios, pues admitido el embargo a su favor, debe admitirse la posibilidad de que la ejecución culmine con su adjudicación (cfr. Resolución de 12 de febrero de 2016). La posterior Resolución de 26 de julio de 2017 ha aclarado que dicha posibilidad se extiende a los casos en que la deuda no deriva de la obligación de pago de las cuotas de la propia comunidad, pudiendo tratarse de un crédito derivado de cualquier otro concepto, y que a tales efectos es indiferente que el deudor sea miembro de la comunidad de propietarios o no lo sea, siendo lo esencial que se trata de una adjudicación judicial derivada de la reclamación de un crédito del que sea titular la comunidad, y sin que el objeto de la traba deba ser necesariamente un elemento independiente del propio régimen de propiedad horizontal (con la evidente matización, en el caso de que no lo sea, de que la situación no puede resolverse en su modificación en elemento común). Ahora bien, esta inscripción a favor de la comunidad de propietarios debe reputarse como una situación excepcional y transitoria.

Resolución de 27-5-2021

BOE 14-6-2021

Registro de la Propiedad de Illescas, número 1.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: REQUISITOS.

El hecho de que, al acordarse judicialmente la admisión de la demanda y la anotación de la misma, se acuerde también otra medida cautelar —la suspensión de un apoderamiento—, no puede ser obstáculo para la anotación preventiva de la demanda. En definitiva, el mandamiento presentado reúne todos los requisitos exigidos por las normas citadas en los precedentes vistos, y la circunstancia de que además ordene, como medida cautelar la revocación de un poder, no es óbice para que pueda anotarse, conforme al número quinto del artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que hay un procedimiento de incapacitación en marcha, que se dirige contra los titulares de determinadas fincas, asegurando de esa forma que no surgirán nuevos titulares de dominio o de derechos reales, protegidos

por la fe pública registral, sobre dichas fincas que integran los patrimonios de los presuntos incapacitados, en perjuicio de los propios incapacitados, garantizándose así la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, si en la misma se acuerda la incapacitación solicitada.

Resolución de 27-5-2021  
BOE 14-6-2021  
Registro de la Propiedad de Cuenca.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: PROCEDIMIENTO DIRIGIDO CONTRA PERSONA DISTINTA DEL TITULAR REGISTRAL.**

En primer lugar conviene recordar que es doctrina reiterada de este Centro Directivo que las exigencias del principio de tracto sucesivo confirman la postura del registrador toda vez que el procedimiento del que dimana el mandamiento calificado no aparece entablado contra los titulares registrales, sin que pudiera alegarse en contra la limitación del ámbito calificador respecto de los mandamientos judiciales, pues, el principio constitucional de protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos, impide extender las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él ni han intervenido en manera alguna, exigencia esta que en el ámbito registral determina la imposibilidad de practicar asientos que comprometen una titularidad inscrita si, o bien consta el consentimiento de su titular, o que este haya sido parte en el procedimiento de que se trata; de ahí que el artículo 100 del Reglamento Hipotecario incluya los obstáculos que surjan del Registro.

Resolución de 31-5-2021  
BOE 14-6-2021  
Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE TÍTULOS JUDICIALES: INEXISTENCIA DE NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN. DETERMINACIÓN DE LOS ASIENTOS A CANCELAR.**

La primera cuestión que hay que resolver por tanto en este expediente es si es posible inscribir la adjudicación y correspondiente cancelación de cargas posteriores decretada en un procedimiento de ejecución ordinario sobre la base de un embargo anotado en el Registro sin que conste por nota al margen de la anotación de embargo practicada en el procedimiento la expedición de certificación registral de dominio y cargas a efectos de dicha ejecución exigida por el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y sin que por tanto se hayan practicado las comunicaciones a los titulares de derechos que figurasen en la certificación de cargas y que apareciesen en asientos posteriores al del derecho del ejecutante que exige el artículo 659 de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil en tales casos de expedición de certificación para la ejecución.

Como ya ha dicho este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en el «Vistos»), a diferencia de lo que ocurre en la ejecución hipotecaria, en el procedimiento ejecutivo no es esencial la certificación de cargas. Extender a los titulares de derechos recayentes sobre un bien ya embargado en juicio ejecutivo



el mismo sistema que originariamente se previó para los titulares de segundas o posteriores hipotecas constituidas antes del inicio de la ejecución de la primera, no solo carece de verdadero fundamento, pues la anotación del embargo ya advierte a aquellos de la muy probable e inminente ejecución y de la fragilidad de su derecho, sino que agrava injustamente la situación del actor, y ello porque se permitiría que el deudor, luego de haber sido embargado, pueda provocar, por su exclusiva actuación, dilaciones y encarecimientos en el procedimiento. En este sentido el artículo 660.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que «la ausencia de las comunicaciones del Registro o los defectos de forma de que estas pudieran adolecer no serán obstáculo para la inscripción del derecho de quien adquiera el inmueble en la ejecución». Por lo tanto, no es requisito necesario para poder practicar la inscripción del decreto de adjudicación y del correspondiente mandamiento de cancelación en un procedimiento de ejecución ordinario el hecho de que no se haya expedido certificación registral en el mismo y de hecho así lo reconoce también el propio registrador en su informe en defensa de la nota.

Existe sin embargo un segundo aspecto del defecto discutido, como es el hecho de que en este caso el decreto dictado acuerda decretar la cancelación tan solo de la anotación preventiva de embargo acordada en el procedimiento sobre la finca objeto del mismo y el mandamiento se limita por su parte a ordenar que se lleve a efecto lo acordado. Dado que en este caso existen sobre la finca una inscripción de hipoteca y diez anotaciones de embargo posteriores a la anotación preventiva de embargo que ha dado lugar al procedimiento de ejecución, de acuerdo con los preceptos citados el mandamiento debería ordenar también la cancelación de estas inscripciones y anotaciones, por lo que es necesario que se aclare dicho mandamiento de cancelación en este sentido, tal como señala el registrador en su nota. Por tal motivo, es doctrina de esta Dirección General que ha de exigirse la identificación suficiente de los asientos a los que se refieren los mandamientos judiciales cancelatorios, de acuerdo con el principio de especialidad registral, no siendo suficientes a estos efectos expresiones genéricas o indeterminadas que además de no cumplir los requisitos de claridad y determinación de acuerdo con las exigencias legales y reglamentarias, no permiten conocer exactamente el ámbito, extensión y alcance de la cancelación ordenada.

A diferencia de lo que establece el artículo 133 de la Ley Hipotecaria (para la ejecución hipotecaria), no se exige legalmente en la ejecución ordinaria la presentación conjunta del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación, lo que abona la posibilidad de inscribir la adjudicación, aunque no se presente el mandamiento cancelatorio (*vid.* Resoluciones 28 de octubre de 2010 y 25 de octubre de 2012).

Resolución de 1-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Málaga, número 3.

**REPRESENTACIÓN LEGAL: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 98 DE LA LEY 24/2001. TUTELA: FORMA DE ACREDITAR LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DEL ARTÍCULO 271 DEL CÓDIGO CIVIL.**

La cuestión planteada respecto del primero de los defectos impugnados debe resolverse según la reiterada doctrina de este Centro Directivo sobre la aplicación

del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que resulta de las Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente, especialmente las de 14 de septiembre de 2004 y 17 de enero de 2011, relativas ambas a la reseña por el notario de documentos judiciales acreditativos de la representación alegada por tutores y al juicio de suficiencia sobre las facultades representativas emitido por el notario autorizante de la escritura calificada. De la interpretación de la referida norma legal por el Tribunal Supremo (Sentencias de 23 de septiembre de 2011 y 20 y 22 de noviembre de 2018) 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. De acuerdo con la misma doctrina citada, 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. La especialidad que se observa en la escritura objeto de la calificación impugnada consistente en que la reseña se efectúa de un testimonio de un auto judicial. Y no puede negarse a tal documento el carácter de auténtico. Asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues en la misma se indica el tipo de resolución, el Juzgado del que proviene y su fecha.

Respecto del segundo de los defectos impugnados, relativo a la exigencia de que se incorpore en la escritura el testimonio del auto de autorización de la venta, debe recordarse el modo en el que el legislador ha configurado y dotado de contenido la institución tutelar para alcanzar el objetivo esencial de la tutela, esto es, la defensa de la persona y del patrimonio del tutelado, para lo cual combina dos mecanismos regulatorios. Por un lado, y al margen de la identificación de determinados actos excluidos de la representación y administración legal del tutor (cfr. arts. 227 y 267 CC), se opta con carácter general por conferir al tutor la representación legal del menor o incapacitado y el reconocimiento de un ámbito competencial autónomo. Pero, por otro lado, para determinados actos y contratos el Código civil contempla un elenco de excepciones al modelo general de actuación del tutor. Son los supuestos del artículo 271, en los cuales la intervención del juez se materializa mediante la autorización del acto; y los casos a los que hace referencia el artículo 272, para los que el legislador opta por aplazar el control y requiere la aprobación judicial.

Sentada la necesidad de previa autorización (que no ulterior aprobación) judicial del acto dispositivo, y dado que la misma se ha producido y ha sido reseñada en la forma expuesta por parte del notario en el título calificado, quien ha testimoniado en relación la parte dispositiva del auto en que consta la autorización a la tutora, procede analizar si tiene algún fundamento la exigencia (que se contiene en la calificación recurrida) de aportación de las dos resoluciones judiciales. Si, como ocurre en el caso de este recurso, aparecen perfectamente reseñados en la escritura y están por tanto bajo la fe notarial, no se alcanza a ver qué razón puede existir para introducir una obligación adicional de aportación de la resolución judicial cuyo contenido no deja lugar a dudas y ha cumplido la función de control de determinadas facultades que, en tanto que representante legal, competen al tutor, por lo que la registradora cuenta con todos los elementos precisos para calificar la autorización judicial (razón de ser del citado expediente de jurisdicción voluntaria) que da soporte al acto dispositivo (el objeto de la inscripción) realizado por la tutora en nombre de su representada.

Resolución de 1-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 17.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: SUPUESTO DE USUCAPIÓN.

En relación con la primera cuestión, es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex* arts. 18 LH y 100 del Reglamento Hipotecario), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral. El principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En el caso de la usucapión extraordinaria aun cuando no será necesaria la acreditación en el procedimiento de la existencia o la validez de los títulos de hipotéticos adquirentes posteriores (pues precisamente dicha modalidad de prescripción adquisitiva no precisa ni de buena fe ni de justo título siendo únicamente necesario acreditar la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, dado que la declaración que le ponga fin alterará el contenido de los libros del Registro), deberá ser entablado, en todo caso, contra el titular registral para evitar su indefensión.

Resolución de 1-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

#### RECURSO GUBERNATIVO: LEGITIMACIÓN PARA INTERPONERLO. CALIFICACIÓN REGISTRAL: MOTIVACIÓN. BASES GRÁFICA: FINCA DISCONTINUA.

Debe abordarse con carácter previo el problema de si está acreditada la legitimación del recurrente para interponer el recurso, cuando la autorización por el interesado consta en un documento privado, con firma ratificada ante el registrador. La cuestión ha de contestarse afirmativamente. Aunque el otorgamiento de la representación fuera posterior a la interposición del recurso, ha de considerarse una ratificación de lo actuado por el representante (algo que también se infiere del tenor del escrito), convalidando retroactivamente los defectos de que adoleciese el escrito de interposición (*cf.* art. 1727 CC), aun cuando —como sucede en este caso— tal documento se haya suscrito con posterioridad al plazo de interposición del recurso.

Es doctrina de este Centro Directivo que cuando la calificación del registrador sea desfavorable es exigible, según los principios básicos de todo procedimiento y conforme a la normativa vigente, que al consignarse los defectos que, a su juicio, se oponen a la inscripción pretendida, aquella exprese también una motivación suficiente de los mismos, con el desarrollo necesario para que el

interesado pueda conocer con claridad los defectos aducidos y con suficiencia los fundamentos jurídicos en los que se basa dicha calificación. Del análisis de la nota de calificación de este expediente se deduce lo siguiente: se señalan los motivos que a juicio del registrador impiden la inscripción de la representación gráfica, y los fundamentos en los que se apoya para justificarlos —que podrán o no ser acertados—.

El artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices. La posibilidad de aportar una representación gráfica alternativa se contempla en los artículos 9 y 10 de la Ley Hipotecaria. Tal como se afirmó en la Resolución de 28 de noviembre de 2018, reiterada en otras posteriores, «la aportación de un informe de validación catastral es suficiente para cumplir los requisitos técnicos que permiten la inscripción en el Registro de la representación gráfica y la remisión de la información correspondiente para su incorporación al Catastro, y ello con independencia de que el resultado de tal validación sea o no positivo», y que «tal informe de validación contendrá la representación de las partes afectadas y no afectadas de las parcelas colindantes y la determinación del perímetro catastral, y técnicamente permite la remisión de la información para su incorporación al Catastro, todo ello tal y como prevé el artículo 9.b) (cfr. Resolución de 6 de febrero de 2018) (...) Es más, la mera aportación del informe de validación gráfica catastral es suficiente (...) pues a través del correspondiente código seguro de verificación, a través de la Sede Electrónica del Catastro, se podrá obtener el archivo en formato GML que contiene la representación gráfica», criterio que viene refrendado por la Resolución conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y Dirección General de Catastro de 23 de septiembre de 2020.

En el concreto caso de este expediente, tratándose de finca formada por dos porciones no colindantes por hallarse dividida la finca por un camino, se aportan dos representaciones gráficas para cada una de las porciones que conforman la finca, tal como resulta del informe de validación gráfica que se incorpora al acta. Tal posibilidad debe reputarse plenamente válida, pues así resulta expresamente del punto 7.2.c) de la Resolución conjunta de 26 de octubre de 2015 invocada por el notario autorizante del acta.

Resolución de 2-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

**PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: TERCER POSEEDOR. FALTA DE FIRMEZA POR APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA 3ª LEY 5/2019.**

De la dicción de los artículos 132 LH y 685 LEC 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. De conformidad con la doctrina del TC el tercer adquirente debe ser demandado en el procedimiento hipotecario si antes de la interposición de la demanda tiene su título inscrito quedando suficientemente acreditada frente al acreedor (art. 685.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) desde el momento que este conoce el contenido de la titularidad publicada.

En el presente caso, la adquisición por el nuevo titular se realizó en 2010, con fecha anterior a la presentación de la demanda, interpuesta el 31 de julio de 2012. Pero no solo la adquisición fue anterior a la demanda, también, y fundamentalmente, su inscripción registral, practicada con fecha 7 de diciembre de 2010, se produjo con anterioridad a aquella, por lo que no puede alegarse, en los términos antes expuestos, el desconocimiento de la existencia del tercer poseedor y en todo caso, las anteriores circunstancias se pusieron de manifiesto en la certificación expedida en sede del procedimiento de ejecución con fecha de 29 de octubre de 2012.

Lo anterior, que llevaría a la desestimación de este recurso, no puede sostenerse, sin embargo, en el caso que motiva el presente expediente. Como ya ha señalado esta Dirección General en Resoluciones como las de 2 de agosto de 2016 o 22 de mayo de 2017, si bien el registrador debe velar por la intervención del tercer poseedor en el procedimiento en la forma dispuesta por la legislación invocada, una vez una resolución judicial firme decide sobre dicha cuestión, no le compete cuestionar la oportunidad de tal decisión conforme al artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

Respecto de los otros dos defectos recogidos en la nota de calificación, no cabe sino confirmarlos. Por un lado, en el escrito de recurso no se hace una expresa impugnación de ellos. De acuerdo con lo establecido en el artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil «mientras no sean firmes, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía, solo procederá la anotación preventiva de las sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos», no es posible practicar inscripción y las cancelaciones derivadas del decreto de adjudicación y del mandamiento de cancelación de cargas calificados, mientras resulte que no son firmes algunas de las resoluciones judiciales que hayan resuelto incidentes sobre la abusividad de cláusulas hipotecarias, o en tanto se esté en el ámbito de aplicación de lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

Resolución de 2-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Chinchilla de Monte-Aragón.

#### **INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: APLICACIÓN DE LA LEY 13/2015.**

En el presente caso, debemos precisar si, atendiendo a la fecha de presentación de la documentación calificada, debe sujetarse a la redacción de la Ley Hipotecaria resultante de la modificación operada por la Ley de 24 de junio de 2015 o si puede someterse a la normativa previa, tal y como solicita el notario autorizante y ahora recurrente. A estos efectos, la disposición transitoria única de la ley antes mencionada señaló lo siguiente: «Todos los procedimientos regulados

en el título VI de la Ley Hipotecaria, así como los derivados de los supuestos de doble inmatriculación que se encuentren iniciados a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, continuarán tramitándose hasta su resolución definitiva conforme a la normativa anterior. A efectos de la inmatriculación a obtener por el procedimiento recogido en el artículo 205 o en el artículo 206, solo se tendrá dicho procedimiento por iniciado si a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley estuviese presentado el título público inmatriculador en el Registro de la propiedad».

La claridad de la dicción de la norma no deja lugar a otra interpretación, considerando, además, que la inmatriculación se trata de un acto jurídico de carácter estrictamente registral, y precisamente por tal carácter, su inscripción queda sujeta a los requisitos y autorizaciones vigentes en el momento de presentar la escritura en el Registro (cfr. Resolución de 15 de junio de 2015).

Resolución de 3-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Alicante, número 7.

#### BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: RÉGIMEN JURÍDICO.

Procede distinguir entre inscripciones practicadas con carácter ganancial y con carácter presuntivamente ganancial. Cuando el cónyuge adquirente a título oneroso manifiesta que la adquisición se ha hecho con carácter ganancial, expresada en el título de compra, el bien se inscribe con carácter ganancial, lo que significa que el Registro publica la titularidad del bien a nombre de ambos cónyuges como bien integrante del patrimonio ganancial. En cambio, cuando en la adquisición realizada por uno de los cónyuges no se hace ninguna manifestación sobre el carácter de la adquisición, pero consta que está casado en régimen de gananciales, la inscripción del bien se practicará como presuntivamente ganancial. La presunción de ganancialidad deriva de la Ley cuando no hay ninguna prueba acerca del carácter ganancial, pero la inscripción registral no publica en este caso una presunción de ganancialidad, sino la titularidad ganancial misma del bien cuya exactitud se presume y está bajo la salvaguardia de los tribunales mientras no se declare su inexactitud por los procedimientos establecidos en la Ley Hipotecaria. Por tanto, no es que se trate de una adquisición cuyo carácter no figure acreditado en el Registro y pueda ser objeto de modificaciones sucesivas, sino que el carácter ganancial ha quedado acreditado por la declaración del adquirente en su día.

Para los bienes privativos por confesión, en el ámbito registral, respecto del artículo 95.4 del Reglamento Hipotecario, esta Dirección General (Resolución de 16 de octubre de 2003) ha puesto de relieve que, aunque no establece distinción cuando exige, en tales casos, el consentimiento de los herederos forzosos del cónyuge confesante para la inscripción de la enajenación realizada por el superviviente, dicha regla no es aplicable cuando los derechos legitimarios aparecen configurados como un mero derecho a un valor patrimonial atribuible por cualquier título (como ocurre con la legítima en Derecho catalán conforme al artículo 451-1 del Código civil de Cataluña). Indudablemente, esa misma solución —la no aplicabilidad del citado precepto reglamentario— sería la procedente en el Derecho civil gallego a la vista de las disposiciones de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Se plantea el problema de determinar el

régimen jurídico aplicable a estos bienes confesadamente privativos, pues si no pueden ser tratados como privativos a todos los efectos, «inter partes» y frente a terceros, tampoco pueden ser reputados inequívocamente como gananciales.

Una vez fallecido el cónyuge del confesante, y abierta su sucesión, se hace necesaria la concurrencia del cónyuge confesante y, por su fallecimiento, el de sus herederos forzosos, que son en principio las tres hijas, si no hay otros legitimarios distintos de las que concurren. Se expresa en la calificación registral que no se acredita en forma alguna quienes son los legitimarios del confesante; y es únicamente en el escrito de interposición del recurso que se expresa que no los hay, sin que conste nada sobre tal extremo en la documentación presentada a inscripción en el Registro. En consecuencia, para que las tres hijas de la causante se adjudiquen la finca como privativa de su madre, es preciso que consientan todos los legitimarios del confesante premuerto (para cuya determinación deberá estarse al título sucesorio) salvo que el carácter privativo del bien resultare de la partición de la herencia del confesante premuerto, lo que no se ha acreditado. Por tanto, debe confirmarse el defecto señalado.

El tercer defecto señala que la rectificación del título de adquisición que consta en la escritura de adjudicación de herencia lo otorga por sí sola una de las hijas herederas, tratando de justificar el carácter privativo del dinero utilizado por la causante, pero, como bien ha señalado la registradora, la acreditación, en parte, se trata de documentos privados, que no prueban de forma indubitada la privatividad.

El cuarto de los defectos señalados se refiere a las rectificaciones relativas a los arrendamientos y a la prescripción adquisitiva, que son afirmaciones realizadas solamente por una de las hijas, la cual por sí sola no puede rectificar la inicial escritura de herencia, sin contar con la aceptación o ratificación de las otras otorgantes; y que en cuanto a la prescripción adquisitiva o usucapión, para que pueda acreditarse una adquisición por usucapión (prescripción adquisitiva) ha de existir pronunciamiento judicial al efecto.

Resolución de 3-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Cambados.

#### INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

En la resolución de este expediente debe partirse de la reiterada doctrina de este Centro Directivo, según la cual no supone una extralimitación competencial, sino todo lo contrario, que el registrador califique si los títulos presentados para inmatricular una finca cumplen los requisitos legales o han sido elaborados «*ad hoc*» de manera artificiosa para eludir el cumplimiento de la finalidad y razón de ser esencial de tales preceptos.

Exige el artículo 205 de la Ley Hipotecaria un título público traslativo otorgado por persona que acredite haber adquirido la propiedad de la finca al menos un año antes de dicho otorgamiento también mediante título público. Tales requisitos los cumplen los dos títulos públicos aportados en este expediente. El título inmatriculador es la escritura pública de aportación a la sociedad de gananciales de fecha 29 de diciembre de 2020. Como ha reiterado esta Dirección General, la aportación a gananciales es título apto a efectos del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Por otro lado, no hay duda del carácter de título público y



adquisitivo de la escritura de aceptación parcial de herencia, complementado con el título sucesorio, el testamento (cfr. art. 14 LH) y demás documentación complementaria.

Actualmente debe entenderse inaplicable el artículo 298 del Reglamento Hipotecario, en particular, y en lo que a este expediente se refiere, en cuanto que dispone que el título público de adquisición incorporará o acompañará certificación catastral descriptiva y gráfica de la que resulte además que la finca está catastrada a favor del transmitente o del adquirente. Ahora bien, tal y como se indicó en la Resolución de 7 de abril de 2017, cuestión distinta es que la circunstancia de hallarse una finca incurso en un procedimiento de investigación conforme a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, pudiera determinar la existencia de duda de invasión del dominio público. En tal caso se requeriría que tal duda se encontrase debidamente fundamentada y que se procediese conforme a lo prescrito en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 3-6-2021

BOE 16-6-2021

Registro de la Propiedad de Motril, número 1.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ACREDITACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN POR EL RECURRENTE. RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Con carácter previo es preciso resolver una cuestión de procedimiento por cuanto el registrador sostiene en su informe que de la documentación auténtica aportada en la calificación como en su requerimiento posterior para la justificación de la representación alegada por el recurrente no le resultan facultades suficientes que le legitimen para recurrir ante esta Dirección General al no estar contemplada la facultad expresa ni quedar comprendida entre las restantes que resultan del poder. El reproche no puede ser atendido. Cabe entender comprendida la facultad de recurrir ante esta Dirección General en aquellos supuestos en que del conjunto de facultades atribuidas resulte conforme a las reglas del recto criterio que el apoderado está ejecutando la voluntad del poderdante. Así ocurre en el supuesto de hecho de la presente en donde el apoderado (pues tal es la condición del recurrente), está facultado para «instar actas notariales de notoriedad para reanudar el tracto sucesivo interrumpido, actas de declaración de herederos abintestato, otorgando cuantos documentos públicos y privados sean necesarios o convenientes, incluso escrituras de subsanación».

Si realmente existe tal inexactitud, lo que no es competencia del registrador examinar ni decidir, la rectificación debe practicarse en la forma establecida en el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, siendo necesario el consentimiento unánime de los titulares del dominio y demás derechos inscritos sobre las participaciones indivisas en que se halla dividido el departamento privativo único descrito como dependencia semisótano que se destina a aparcamientos y trasteros, del que se hallan ya transmitidas e inscritas la totalidad de las participaciones indivisas en que idealmente se divide, o en su defecto resolución judicial recaída en el procedimiento correspondiente entablado contra todos ellos (con arreglo a los arts. 20 y 38 LH) hallándose entretanto la inscripción practicada bajo la salvaguarda de los tribunales, produciendo todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la Ley, según dispone el artículo 1, párrafo tercero, de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 7-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Callosa d'en Sarrià.

#### REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN.

El artículo 254 de la Ley Hipotecaria es explícito al imponer un veto a cualquier actuación registral si no se cumplen previamente determinadas obligaciones fiscales. La inadmisión de los documentos inscribibles en los registros públicos si no se acreditara el cumplimiento fiscal del contribuyente, constituye una de las medidas establecidas por el legislador en orden a evitar el fraude fiscal y garantizar el cumplimiento por los sujetos pasivos de la obligación de presentación que les impone el artículo 29.2.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, así como añade la obligación para el registrador del archivo de los justificantes (arts. 256 LH y 51.13.<sup>a</sup> y 410 del Reglamento Hipotecario).

Esta Dirección General se ha pronunciado en distintas ocasiones sobre el alcance y contenido de dicha competencia determinando, además de la posibilidad de impugnar la suspensión acordada (*vid.* Resolución de 3 de octubre de 2014), que el cierre registral no puede ser mantenido por actuaciones distintas a las previstas en el artículo 254 de la Ley Hipotecaria (*vid.* Resolución de 3 de marzo de 2012), que el cierre registral se produce respecto de los distintos hechos imponible sujetos a tributos diferentes que exigen declaraciones igualmente diferentes (*vid.* Resolución de 11 de abril de 2016). Asimismo, ha declarado que el cierre registral no puede quedar salvado por presentación ante administración distinta a la territorialmente competente (*vid.* Resolución de 18 de febrero de 2016, entre otras).

Debe recordarse que el registrador, en el ámbito de su competencia, está obligado a llevar a cabo la verificación de la autenticidad del documento presentado mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente mediante el código seguro de verificación incorporado al propio documento. Esta obligación es plenamente coherente con la general que impone al registrador calificar la autenticidad y vigencia de la firma electrónica de un documento presentado mediante la oportuna consulta al correspondiente prestador de servicios de certificación o, la calificación de autenticidad de una carta de pago electrónica, o de cualquier otro documento remitido de forma telemática al Registro.

En la autoliquidación presentada, consta que la heredera está domiciliada en el extranjero, concretamente en Francia, dato este que no se contradice en la calificación, por lo que tratándose de no residente la competencia para la liquidación corresponde a la Oficina Nacional de Gestión Tributaria, conforme se ha expuesto.

Resolución de 7-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Noia.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS DE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria no contempla la calificación sustitutoria como un recurso impropio que se presenta ante otro registrador, sino como un medio de obtener una segunda calificación, ceñida a los defectos esgrimidos por el registrador sustituido. Por ello, del mismo modo que no puede el

registrador sustituto añadir nuevos defectos a los inicialmente apreciados por el sustituido, sino que su calificación debe ceñirse a los defectos planteados y a la documentación aportada inicialmente, tampoco su eventual calificación negativa puede ser objeto de recurso, sino que en tal caso devolverá el título al interesado a los efectos de interposición del recurso frente a la calificación del registrador sustituido ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, el cual deberá ceñirse a los defectos señalados por el registrador sustituido con los que el registrador sustituto hubiere manifestado su conformidad (cfr. art. 19 bis, 5.ª, LH).

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. En caso de haberse manifestado oposición por algún interesado, constituye uno de los principios de la regulación de la Jurisdicción Voluntaria que, salvo que la Ley expresamente lo prevea, la sola formulación de oposición por alguno de los interesados no hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto. Por tanto, y conforme al artículo 199 de la Ley Hipotecaria, «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». Lo que no impide, por otra parte, que las alegaciones recibidas sean tenidas en cuenta para formar el juicio del registrador. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso la calificación contiene la fundamentación necesaria relativa a las dudas de identidad, basadas en la oposición del colindante que se acompaña de informe técnico y georreferenciación contradictoria.

Resolución de 7-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

**CONCURSO DE ACREEDORES: CANCELACIÓN DE CONDICIÓN RESOLUTORIA. REPRESENTACIÓN: APLICACIÓN ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.**

El recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose, como señala la reiteradísima doctrina de este Centro Directivo, cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

La venta de la finca perteneciente a la sociedad «Claudia Sol, S.L.», se produce el día 11 de agosto de 2010. En garantía del precio aplazado en la venta inicial, se estableció condición resolutoria, que fue modificada mediante escritura autorizada el día 9 de mayo de 2012, subsanada por otra autorizada el día 19 de diciembre de 2012. El día 18 de mayo de 2015 se emite, por voluntad de las

partes, un nuevo pagaré con vencimiento el 25 de mayo de 2016, que consta incorporado a la escritura de cancelación, lo que supone que el plazo inicial de pago se modificó estableciéndose hasta esta última fecha. La sociedad vendedora es declarada en concurso por auto de fecha 10 de agosto de 2015, dictado en procedimiento número 683/2015.

En el supuesto de este recurso, el otorgamiento de la escritura de cancelación requiere capacidad para disponer, pues la misma origina la extinción de la condición resolutoria dando carta de pago por el precio que quedo pendiente de forma que la compraventa queda perfeccionada, lo que supone la salida definitiva de la finca del patrimonio del concursado y la incorporación del precio a su haber. La cantidad recibida pasa a ocupar, por subrogación real, la posición jurídica que tenía el inmueble, de modo que los derechos que antes recaían sobre este pasarán a recaer sobre aquella, quedando por tanto sujeta a las limitaciones y fines del concurso.

En principio el cobro del precio aplazado podría llevarse a cabo con intervención de la administración concursal siempre y cuando la fase en que se encuentre el concurso ampare tal actuación. Sin embargo, la modificación de la condición resolutoria y su cancelación en cuanto requieran capacidad de disposición e implican la consolidación de la enajenación de un bien por reconocimiento del pago y extinción del derecho de recuperación, deben entenderse como operaciones afectadas por la prohibición de enajenar o gravar los bienes y derechos que integran la masa activa sin autorización del juez.

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.

Por lo que se refiere a la calificación registral de la congruencia entre el juicio notarial de suficiencia de las facultades representativas acreditadas y el contenido del negocio formalizado en la escritura cuya inscripción se pretende, según la doctrina de este Centro Directivo anteriormente referida, se entiende que hay falta de congruencia si el citado juicio notarial es erróneo, bien por resultar así de la existencia de alguna norma que exija algún requisito añadido como, por ejemplo, un poder expreso y concreto en cuanto a su objeto, bien por inferirse el error de los datos contenidos en la misma escritura que se califica, u obrantes en el propio Registro de la Propiedad o en otros registros públicos que el notario y el registrador de la propiedad pueden consultar. Este carácter erróneo debe inferirse con claridad de tales datos.

Resolución de 8-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14

y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler; que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura calificada y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Por ello, la calificación impugnada debe revocarse en tanto en cuanto alude a la unanimidad de todos los propietarios, pues así se expresa en la calificación, si bien no parece ser la objeción fundamental toda vez que se parte de la base de que se ha opuesto un solo propietario y, en realidad, la cuestión debatida se centra en que, como también expresa la registradora en su calificación, hay falta de coincidencia entre algunos titulares registrales y los propietarios que constan en la relación incorporada al título calificado, existiendo además determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción de los acuerdos, y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria.

Lo que ocurre en el presente caso es que, al tratarse de un acuerdo para el que la Ley sobre propiedad horizontal no exige unanimidad sino únicamente el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, es evidente que, habiendo sido consentido por propietarios cuyas cuotas representan más de ese porcentaje, debe entenderse que el acuerdo será inscribible aunque no haya sido aprobado por los restantes propietarios, incluidos los que hayan adquirido elementos privativos con posterioridad a la adopción de tal acuerdo por la junta de propietarios.

Resolución de 8-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS PARA ALQUILER TURÍSTICO.

Se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad

horizontal, es decir por unanimidad. No obstante, uno de los supuestos en que la misma ley exceptúa la unanimidad es el contemplado en el apartado 12 del citado artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, introducido en dicha Ley por el Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, que reduce la mayoría necesaria al voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación para adoptar el acuerdo, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, por el que se limite o condicione el ejercicio de lo que se conoce como alquiler o explotación turística de las viviendas.

Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura calificada y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Por ello, la calificación impugnada debe revocarse en tanto en cuanto alude a la unanimidad de todos los propietarios, pues así se expresa en la calificación, si bien no parece ser la objeción fundamental toda vez que se parte de la base de que se ha opuesto un solo propietario y, en realidad, la cuestión debatida se centra en que, como también expresa la registradora en su calificación, hay falta de coincidencia entre algunos titulares registrales y los propietarios que constan en la relación incorporada al título calificado, existiendo además determinados propietarios que han inscrito su adquisición con posterioridad a la adopción de los acuerdos, y no se acredita que hayan aprobado dicha modificación estatutaria.

En el presente caso, el propio recurrente admite que el acuerdo no ha sido aprobado por unanimidad de los propietarios (ni presunta, como permite la regla octava del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), pues la junta de copropietarios se celebró contando con un 75,449% de participación, y votaron a favor del acuerdo propietarios que representan un porcentaje de coeficientes del 92,817%, constando un solo propietario que votó en contra del citado acuerdo.

Resolución de 8-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Torreldones.

#### **HIPOTECA: PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN POR EJECUCIÓN ORDINARIA.**

En cuanto a la posibilidad de ejecutar las hipotecas por el procedimiento de ejecución ordinaria de los artículos 538 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la misma viene reconocida por los artículos 126 y 127 de la Ley Hipotecaria y a ella se han referido expresamente, entre otras, las Resoluciones de esta Dirección General de 14 de diciembre de 2015, 1 de febrero de 2017 y 29 de noviembre de 2019, las cuales se han ocupado de perfilar los requisitos registrales especiales de tal tipo de ejecución.

Es opinión de este Centro Directivo que, dado que el Tribunal Supremo parece reconocer la subsistencia de la hipoteca en estos casos (fundamento de derecho cuarto, apartado 2, de la Sentencia número 39/2021), al menos en el supuesto de ejercicio de las acciones derivadas de los artículos 1124 y 1129 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si el acreedor hipotecario ha optado por reclamar el cumplimiento del crédito en un procedimiento declarativo y va a obtener una sentencia de condena dineraria, para la ejecución de misma deberá procederse conforme a las reglas generales de la ejecución ordinaria propia de los títulos

judiciales, no de la ejecución hipotecaria reservada al supuesto en que el título ejecutivo sea la escritura de préstamo hipotecario, sin perjuicio de poder obtenerse una vinculación con la hipoteca que se pretende ejecutar.

El debate gira en torno a si el ejercicio simultáneo de la acción declarativa de nulidad respecto de dos contratos de préstamo hipotecario, ya lo sea por el acreedor para exigir el cumplimiento de la obligación por parte del deudor *ex* artículo 1124 del Código civil, ya lo sea por los prestatarios para exigir la nulidad de un contrato que no puede subsistir si se anulan las cláusulas que se han declarado abusivas (u otras razones), puede alterar la norma imperativa del artículo 555.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual en el caso de ejecución de bienes especialmente hipotecados «solo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes».

Se está solicitando del registrador de la propiedad que proceda tanto a la práctica de la anotación de embargo, como a hacer constar por nota al margen de la inscripción de hipoteca que la misma está siendo objeto de ejecución, y si se ordena esta actuación solo puede ser porque ambas garantías reales están siendo objeto de ejecución a través de ese único procedimiento de ejecución ordinaria; en cuyo caso, respecto de las cargas intermedias, la anotación preventiva de embargo dictada en el procedimiento de ejecución ordinaria solo tendrá preferencia hasta la cuantía de la respectiva inicial responsabilidad hipotecaria de cada hipoteca y, además, solo respecto de la obligación concreta inicialmente garantizada por cada una de ellas, teniendo las anotaciones de embargo, su propio rango en cuanto a lo que exceda de dicha respectiva responsabilidad hipotecaria. En consecuencia, no será posible proceder al despacho registral del mandamiento judicial presentado dado que la acumulación de ejecuciones, conforme al apartado primero del artículo 555 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene por presupuesto la identidad de deudores ejecutados, siendo que, en este supuesto, como se ha expresado anteriormente, los titulares registrales de cada una de las fincas ejecutadas son distintos, e igualmente lo son los deudores.

Resolución de 9-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Valladolid, número 5.

#### **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, 529, 546.4 y 1843.3 CC), de modo que únicamente durante su vigencia puede ser ejercitada la acción hipotecaria, quedando totalmente extinguido el derecho real una vez vencido dicho plazo, salvo que en ese instante estuviera ya en trámite de ejecución hipotecaria, en cuyo caso, la hipoteca se extinguiría al concluir el procedimiento, ya por consumación de la ejecución, ya por cualquier otra causa. Ahora bien, no siempre es fácil decidir, en cada caso concreto, si el plazo señalado es efectivamente de duración de la hipoteca misma con el alcance anteriormente señalado, o si se trata de definir únicamente el margen temporal en el que debe surgir la obligación para que quede garantizada con la hipoteca y, en este caso, una vez nacida la obligación dentro de dicho plazo, la acción hipotecaria podrá ejercitarse mientras no haya



prescrito, aun cuando ya hubiere vencido aquel (*vid.* Resolución de 17 octubre 1994, entre otras). La cancelación convencional automática, como viene reiterando este Centro Directivo, solo procede cuando la extinción del derecho real tiene lugar de un modo nítido y manifiesto, no cuando sea dudosa o controvertida.

En «las hipotecas en garantía de una cuenta corriente de crédito», el plazo o duración que se estipula lo es del crédito, llegado el cual es cuando comienza a contar el plazo de prescripción de la acción real hipotecaria; por ello la inscripción de hipoteca no se podrá cancelar por caducidad hasta el transcurso de 21 años desde la fecha de finalización de la última de las prórrogas posibles del crédito (art. 82, párrafo quinto, LH). Sin embargo, en las «hipotecas flotantes» el plazo estipulado lo es de la hipoteca y, por tanto, la inscripción respectiva podrá cancelarse por caducidad llegado el término pactado o la última de sus prórrogas posibles (arts. 82, párrafo segundo, y 153 bis LH).

Resulta que el plazo de duración pactado —referido al *factoring*—, es un año a contar desde la fecha de su otorgamiento, siendo tácitamente prorrogado por períodos sucesivos de igual duración, por lo que el plazo expresado respecto de la hipoteca debe entenderse referido no tanto a un plazo de caducidad de esta, sino, más bien, al plazo durante el cual las obligaciones contraídas antes del vencimiento del «*dies ad quem*» son las únicas que quedan garantizadas con la hipoteca constituida. Por tanto, como bien sostiene la registradora, partiendo del análisis del tipo de hipoteca cuya cancelación se solicita y de su concreta tipología y naturaleza dentro de las diversas posibles figuras hipotecarias que expone, se concluye que, para que la caducidad convencional de la hipoteca pudiera operar, sería necesario que el pacto al respecto fuera absolutamente concluyente, lo que no sucede en el presente caso.

Resolución de 9-6-2021

BOE 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Cartagena, número 1.

#### PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: CONTENIDO INSCRIBIBLE.

El procedimiento de ejecución directa sobre bienes hipotecados, como todo proceso judicial, solo tiene efectos entre las partes del proceso en que se dicte y sus herederos y causahabientes (art. 222 de la Ley Enjuiciamiento Civil). En este sentido, dentro de ese procedimiento, y con esa limitada eficacia de la cosa juzgada a las partes del proceso, se ha declarado —entre otras cuestiones como es la adjudicación del inmueble y la cancelación de cargas— el derecho de los recurrentes a permanecer en el inmueble, pese a la realización forzosa, subasta pública y adjudicación del inmueble en el procedimiento. Pero no se ha declarado judicialmente ningún derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad, con eficacia «*erga omnes*». Para ello hubiera sido preciso una declaración judicial específica en procedimiento dirigido a ello y haber cumplido las exigencias estructurales del sistema inmobiliario español.

El objeto del procedimiento judicial no ha sido la declaración de validez y consiguiente inscribibilidad del contrato de arrendamiento. La relación arrendaticia —suficiente para permitir la permanencia en el inmueble en la ejecución— aparece constituida en títulos cuya validez sustantiva no se ha discutido en sede judicial. Incluso se duda de la eficacia del contrato de arrendamiento con opción

de compra que sirve de título previo al subarrendamiento, pues no es aportado —según se dice por los propios recurrentes por ser simulado.

Resolución de 9-6-2021

*BOE* 29-6-2021

Registro de la Propiedad de Alhama de Granada.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

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. Las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras). Conforme a las previsiones del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, el registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio.

En el supuesto de hecho de este expediente, las dudas de la registradora sobre posible invasión de fincas registrales ya inmatriculadas están justificadas, dado que la oposición expresa la formalizan titulares de fincas registrales que dicen ser invadidas y aportando además documentación gráfica de detalle.

Resolución de 14-6-2021

*BOE* 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Gandía, número 4.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA. DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: PROTECCIÓN REGISTRAL.**

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

En el presente caso, si bien la calificación se fundamenta en la oposición del colindante que se acompaña de informe técnico y georreferenciación que manifiesta una superficie asignada a la finca objeto del procedimiento distinta a la que resulta de la representación gráfica cuya inscripción se pretende, el defecto no puede mantenerse. Resulta destacable que la oposición del colindante, aunque debidamente sustentada con informe y representación gráfica georreferenciada

elaborada por técnico, evidencian que no existe conflicto entre los colindantes sobre la delimitación gráfica de las fincas, pues en todo caso quedan respetados los linderos de la finca de quien se ha opuesto a la inscripción pretendida.

La disposición del artículo 201.1, letra e), de la Ley Hipotecaria no permite la tramitación del expediente regulado en dicho precepto para la rectificación descriptiva de fincas resultantes de expediente administrativo de reorganización de la propiedad, exigiendo en tal caso la rectificación del título original o la previa tramitación del procedimiento administrativo correspondiente. Esto, no obstante, esta Dirección General, para un supuesto de fincas inscritas procedentes de un procedimiento de concentración parcelaria, consideró debe admitirse igualmente que en una inscripción posterior se rectifique la descripción cuando no existe duda alguna de correspondencia de la finca inscrita con la que figura en la certificación catastral aportada para acreditar tal rectificación (cfr. Resoluciones de 4 de septiembre y 10 y 21 de noviembre de 2017). Sentado lo anterior, en el caso de este recurso, la oposición del colindante se basa en la circunstancia de proceder la finca de un proyecto de reparcelación sin que, del historial registral resulte que el proyecto de reparcelación a que se ha hecho referencia conste inscrito.

El eje fundamental sobre el que gira la tutela del dominio público marítimo-terrestre en la regulación del Reglamento General de Costas es la incorporación al Sistema Informático Registral de la representación gráfica georreferenciada en la cartografía catastral, tanto de la línea de dominio público marítimo-terrestre, como de las servidumbres de tránsito y protección, que ha de trasladar en soporte electrónico la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar a la Dirección General de los Registros y del Notariado (apartado 2 del art. 33). Con la nueva regulación se pretende que el registrador pueda comprobar directamente, a la vista de las representaciones gráficas, la situación de las fincas en relación con el dominio público y las servidumbres legales. Solo en el caso en el que de tal comprobación resulte invasión o intersección, procedería la solicitud por el registrador de un pronunciamiento al respecto al Servicio Periférico de Costas. En los casos en los que las aplicaciones informáticas para el tratamiento de bases gráficas no dispongan de la información correspondiente a la representación gráfica georreferenciada de la línea de dominio público marítimo-terrestre y de las servidumbres de tránsito y protección, podría determinarse la colindancia o intersección así como si la finca invade o no el dominio público marítimo-terrestre y su situación en relación con dichas servidumbres, mediante la previa aportación de certificación del Servicio Periférico de Costas comprensiva de tales extremos y referida a la representación gráfica que obre en tal Administración.

Resolución de 14-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Marchena.

#### FINCA INSCRITA SIN SUPERFICIE: REQUISITOS PARA SU INSCRIPCIÓN.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General (cfr. Resoluciones citadas en «Vistos») que la inscripción de la superficie de una finca que hasta ese momento no la tenía consignada en su historial registral, sin ser en sentido técnico una inmatriculación, tiene cierta entidad inmatriculadora, por lo que ha de estar dotada de las debidas garantías. De ahí, que no sea posible acceder sin más a la constatación registral de la superficie ahora alegada «ex novo», sino que se

deba acreditar cuál es la ubicación y delimitación geográfica que definen dicha superficie, y todo ello con las debidas garantías de notificación a los propietarios colindantes potencialmente afectados, utilizando para ello, tras la entrada en vigor de la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, bien el procedimiento registral que se regula en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria o bien el expediente notarial regulado en el artículo 201.1 del mismo texto legal.

En el presente supuesto, la cuestión central que se plantea es si es suficiente al efecto la descripción registral de la finca en la que figura la superficie construida de la edificación, pero se omite la superficie del solar. La notaria recurrente alega que puede deducirse la superficie del solar dividiendo la superficie construida de la edificación entre las dos plantas, y sumando la superficie del patio a la superficie de la planta baja. Sin embargo, no puede compartirse esta tesis ya que, al no constar especificada la superficie correspondiente a cada una de las plantas de la edificación, no puede entenderse sin más que dichas plantas tengan la misma superficie, por lo que es incorrecto concluir que la expresada superficie construida total se divida a partes iguales entre las plantas, deduciendo la superficie ocupada en planta baja a sumar a la del patio para obtener la del solar. Es por ello por lo que el recurso no puede estimarse.

Como ya ha señalado la Dirección General de los Registros y del Notariado (cfr. Resoluciones de 15 de junio de 2016, 29 de septiembre de 2017 o 10 de abril de 2018), el procedimiento para la inscripción de la representación gráfica se inicia a instancia del titular registral en cumplimiento del principio de rogación y no de oficio por parte del registrador. Además, resulta esencial para poder iniciar su tramitación que dicho titular identifique la representación gráfica georreferenciada que se corresponde con la finca de la que es titular y cuya inscripción se pretende.

Resolución de 15-6-2021  
*BOE 7-7-2021*  
Registro de la Propiedad de Haro.

#### DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR *EX* ARTÍCULO 96 DEL CÓDIGO CIVIL: INSCRIPCIÓN.

En primer lugar, no puede acogerse la afirmación del recurrente sobre la existencia de copropiedad «pro indiviso» de la vivienda por el mero hecho de la disolución de la sociedad de gananciales. 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 colectivo.

Ciertamente, este Centro Directivo ha confirmado calificaciones registrales denegatorias de la inscripción del derecho de uso de la vivienda familiar atribuido mediante convenio regulador de la separación, nulidad o divorcio al cónyuge titular de la propiedad, con fundamento en que en tal caso el uso y disfrute de la vivienda le vienen atribuidos al cónyuge por el dominio pleno que sobre ella ostenta y, en consecuencia, carece de interés el reflejo registral del derecho de uso atribuido judicialmente (cfr., entre otras, las Resoluciones de 6 de julio y 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008). Pero, como afirmó este Centro

en Resolución de 24 de octubre de 2014, la doctrina anterior no es extrapolable al caso en el que el cónyuge adjudicatario por resolución judicial del derecho de uso de la vivienda familiar no es titular pleno y exclusivo, con carácter privativo, de dicha vivienda, sino que su titularidad es compartida en régimen de gananciales con su excónyuge.

Debe advertirse que no es necesario que el convenio regulador contenga necesariamente la liquidación del régimen de la sociedad de gananciales.

Resolución de 15-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Murcia, número 7.

#### HERENCIA: SUCESIÓN DE UN CAUSANTE INGLÉS.

En el supuesto que ahora se resuelve, la viuda, heredera única ejecuta la sucesión, con base en el título sucesorio, y conociendo que la aplicación de los procedimientos de la *«lex rei sitae»* pudiera conducir a la asunción de responsabilidad personal, se adjudica el patrimonio del causante en España.

Tratándose el procedimiento de probate —como indicaron las resoluciones citadas en el «Vistos»— de un mecanismo procesal, que garantiza el cumplimiento de las cargas y obligaciones sucesorias en Reino Unido, con relación al patrimonio allí situado, en coherencia con su sistema legal, como señalara la Resolución de este Centro Directivo de 2 de marzo de 2018, la ley inglesa no considera el probate título sucesorio, sino que lo es el testamento privado ante testigos [arts. 14 LH, y 3.d) 24, 26 y 27 y, en el caso de pluralidad de sucesores, 23.j) del Reglamento (UE) núm. 650/2012]. El probate no determina quién es el heredero designado por el testador, sino quien es el ejecutor testamentario y acredita o mejor dicho, viene a confirmar, la designación hecha por el testador.

Por ello en el presente caso, la heredera, conforme a la ley española que constituye la *«lex rei sitae»*, pero con base en la propiedad sucesoria que adquiere en virtud de las reglas del Reglamento (art. 1.1 y Sentencia Kubicka) podrá por sí sola completar los procedimientos exigidos por la ley española para obtener la plena titularidad de los bienes hereditarios y lograr inscripción en el Registro de la Propiedad español, con los efectos de legitimación, inoponibilidad, fe pública registral, presunción de veracidad y salvaguardia judicial que dicha inscripción le procura, eficacia que no se incluye en el perímetro positivo del Reglamento (art. 1.2.l).

Resolución de 15-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Talavera de la Reina, número 2.

#### VÍAS PECUARIAS: NO PUEDE PRACTICARSE NOTA MARGINAL ANTES DE INICIAR EXPEDIENTE DE DESLINDE.

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.

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. 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.

Esta última cuestión resulta de capital relevancia puesto que por aplicación del principio de tracto sucesivo no cabe practicar ningún asiento en una finca en virtud de una resolución administrativa sin que el interesado haya tenido intervención en el procedimiento correspondiente. Por tanto, en el caso objeto de este recurso, la nota marginal no se solicita en el curso de ningún procedimiento administrativo en el que los titulares registrales hayan tenido intervención alguna, motivo por el cual la calificación debe confirmarse. Todo lo expuesto es sin perjuicio de la tutela del dominio público que proceda en el curso de cualquier expediente registral que afecte a la finca.

En el supuesto de este expediente, con anterioridad a la presentación de la instancia que da lugar a la calificación negativa impugnada, se ha seguido el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para incorporar la base gráfica catastral, habiéndose practicado las preceptivas notificaciones, entre ellas a la Administración como titular de dominio público colindante, quien presenta la comunicación a que se refiere el hecho primero de esta resolución, en la cual se solicita la práctica de la nota marginal, pero sin formular oposición a la inscripción de la representación gráfica.

Resolución de 15-6-2021

*BOE 7-7-2021*

Registro de la Propiedad de Almería, número 3.

#### RECURSO GUBERNATIVO: PRÓRROGA DEL ASIENTO DE PRESENTACIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que, recurrida la calificación de un título presentado en el Registro, queda prorrogado el asiento de presentación del mismo y por ende se produce la prórroga de los asientos de presentación de los títulos posteriores contradictorios o conexos.

Es doctrina reiterada por esta Dirección General (véanse resoluciones citadas en los «Vistos») 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.

En conclusión la determinación de si los defectos son o no subsanables se decidirá en el recurso contra la calificación registral del título en cuestión, procediendo la anotación preventiva por defectos subsanables si finalmente se determinase que tienen tal carácter. Entretanto lo procedente es la prórroga de los asientos de presentación posteriores que garantiza al recurrente protección de sus derechos.

Debe ser confirmada la nota de calificación en cuanto a la improcedencia de resolver en el presente recurso sobre la práctica de anotación preventiva por defectos subsanables, dado que los defectos fueron calificados de insubsanables en la inicial nota de calificación, mientras no se decida definitivamente sobre ello en el recurso interpuesto contra aquella. Tampoco procede la práctica de anotación

de demanda por no haberse interpuesto todavía formalmente demanda alguna, como ocurriría en el juicio verbal si es que se llegara a él, teniendo en cuenta que esta sí es una medida cautelar que corresponde al juez adoptar y no al registrador.

Resolución de 16-6-2021

*BOE 7-7-2021*

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15.

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.**

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

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, clara e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Es indudable que en el presente expediente el acta de protocolización de documento privado no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa de la registradora a la práctica del asiento de presentación.

Resolución de 16-6-2021

*BOE 7-7-2021*

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 15.

**ASIENTO DE PRESENTACIÓN: DENEGACIÓN.**

Este Centro Directivo ha entendido (cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos») que la negativa a la práctica del asiento de presentación es una calificación más y, como tal decisión, puede ser impugnada mediante mismo recurso que puede interponerse contra una calificación que deniegue o suspenda la inscripción del documento y, por tanto, debe tramitarse tal recurso a través del procedimiento previsto en los artículos 322 y siguientes de la Ley Hipotecaria.

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, clara e indudablemente, de imposible acceso al Registro. Es indudable que en el presente expediente el acta de protocolización de documento privado no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la negativa de la registradora a la práctica del asiento de presentación.



Resolución de 16-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Caldas de Reis.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: PREFERENCIA EN EL COBRO DE LAS CUOTAS.

En relación con el reflejo registral de las reclamaciones de cantidad por comunidades de propietarios por impago de gastos de comunidad, es doctrina reiterada de este Centro Directivo (véase Resoluciones citadas en los «Vistos») que la redacción actual del artículo 9.1.e) de la Ley sobre propiedad horizontal distingue en párrafos separados la afección del bien inmueble respecto al adquirente de un piso o local, de la preferencia del crédito de la comunidad respecto a otros créditos sobre el mismo inmueble. Respecto de la preferencia frente a otros créditos, este Centro Directivo ha admitido que, pese a las dudas doctrinales que se han suscitado sobre su naturaleza, procede la constancia en el asiento de anotación preventiva de demanda del carácter real de dicha preferencia, siempre que resulte de un procedimiento judicial en el que hubieran sido parte todos los interesados.

Si el mandato pretende hacer constar en el Registro de la Propiedad la naturaleza real del crédito anotado y la preferencia de rango frente al asiento de hipoteca anteriormente inscrito, es evidente que no puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad cuando no resulte de la documentación presentada su carácter real ni resulte que el titular de la hipoteca cuya postergación de rango se pretende haya sido parte en el procedimiento. Por tanto, siendo una mera reclamación de deuda, solo podrá provocar una anotación preventiva si, en fase de ejecución, se decreta el embargo, o si, como medida cautelar, se ordena una limitación de las facultades dispositivas del titular de la finca, o se acuerda el embargo preventivo.

Por el contrario, sí procederá la constancia en la anotación preventiva de demanda del carácter real de la preferencia de que se trata, esta tiene que resultar de un procedimiento judicial en el que hubieran sido parte todos los interesados como afectados por dicha preferencia. Esto es lo que sucede en el supuesto de hecho de este expediente, pues resulta el mandamiento de anotación de demanda es una reclamación de cantidad que efectúa una comunidad de propietarios por las cuotas impagadas de un local del edificio. Y se determinan los acreedores anteriores frente a los que se quiera hacer valer la preferencia recogida en el artículo 9 de la Ley sobre propiedad horizontal. En concreto, en el mandamiento se determina que la preferencia del crédito de la comunidad tiene que retrotraerse al 17 de julio de 2013 momento en el que se presentó la demanda en reclamación de las cuotas debidas incluyendo en dicha preferencia todas las cuotas reclamadas en tal demanda, esto es, 13 729,96 euros. En esto sí será susceptible de anotación preventiva. No ocurre así en relación a las cantidades (sin determinar) que venzan con posterioridad hasta que se haga efectivo el pago de la deuda.

En conclusión tiene razón la registradora cuando considera que la preferencia del crédito de la comunidad debe limitarse a la cuantía debida en el año en curso (cuando se interpone la demanda) y en los tres años anteriores y que debe estar perfectamente determinada. Pero eso supone la denegación del acceso al Registro de la expresión «las cuotas que venzan con posterioridad hasta que se haga efectivo el pago de la deuda», dada su indeterminación, pero nada impide anotar preventivamente la declaración judicial de preferencia de las cantidades reclamadas en la demanda, esto es, 13 729,96 euros, pues son cantidades con-

cretas a las que se extiende la declaración judicial de preferencia, siempre que el presentante se conforme con la anotación parcial (art. 434 del Reglamento Hipotecario).

Resolución de 17-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Alicante, número 4.

#### **HIPOTECA: DEPÓSITO DE CONDICIONES GENERALES.**

En la Instrucción de 13 de junio de 2019, sobre el depósito de condiciones generales de la contratación, y el reflejo del mismo en las escrituras de préstamo y en el Registro de la Propiedad —a la que se remite la reciente Instrucción del mismo Centro Directivo de 20 de diciembre de 2019—, se analizan entre otras cuestiones en relación con todo el conjunto normativo examinado: la necesidad, o no, de que en cualquier escritura pública de préstamo hipotecario, así como en su inscripción registral, se controle y haga constar que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma. El notario deberá controlar al autorizar la escritura de préstamo hipotecario, y el registrador de la propiedad al inscribirla, el mero hecho de que efectivamente la entidad financiera haya procedido previamente a practicar dicho depósito.

De todos los razonamientos anteriores se desprende inequívocamente que es requisito ineludible para la autorización de la escritura del préstamo hipotecario que el notario haya comprobado que se ha producido el previo depósito de las condiciones generales de la contratación empleadas en la misma, de modo que, como establece la mencionada Instrucción, en el supuesto de que se compruebe, por el notario o por el registrador, que una condición general no ha sido depositada, deberán notificárselo al Ministerio de Justicia, en cumplimiento de su deber general de colaboración con la Administración, para que este proceda en la forma establecida en el artículo 24 de la Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación.

Resolución de 17-6-2021

BOE 7-7-2021

Registro de la Propiedad de Girona, número 3.

#### **DOCUMENTOS JUDICIALES: CALIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL.**

En relación al alcance de la calificación del registrador, cabe reiterar que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex* arts. 18 LH y 100 del Reglamento Hipotecario).

Es cierto, que la Dirección General de los Registros y del Notariado en Resolución de 24 de octubre de 2014, invocando a su vez Resoluciones de 2 de octubre de 2009 y 8 de noviembre de 2013, ya declaró que la Ley de Enjuiciamiento Civil adopta como norma general el carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial, exceptuándose de esa disponibilidad las reglas atributivas de competencia territorial a las que la Ley atribuya expresamente carácter imperativo

(art. 54.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), siendo la falta de competencia territorial apreciable de oficio por el juez (art. 58 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Deben distinguirse los siguientes supuestos: a) Aquellos que son apreciables de oficio por el juez, por estar basados en motivos de orden público que por constituir todos ellos un presupuesto esencial del proceso, su infracción puede provocar la nulidad del acto; b) Aquellos otros supuestos de carácter dispositivo, basados en motivos de orden privado.

No procede ya la calificación registral por las cuestiones a que se refiere el artículo 100 del Reglamento Hipotecario, cuando tales cuestiones han sido ventiladas específicamente dentro de los cauces procesales oportunos y con las debidas garantías, existiendo al respecto un pronunciamiento judicial expreso y firme, pues en otro caso se contravendría el principio constitucional de tutela efectiva (art. 24 de la Constitución). Así ocurre en el presente caso, donde la cuestión de competencia territorial fue planteado por interlocutoria del Juzgado de Primera Instancia de Girona número 5 frente al de La Bisbal número 3, habiendo sido objeto de auto firme dictado por la Audiencia Provincial de Girona.

Resolución de 17-6-2021

*BOE 7-7-2021*

Registro de la Propiedad de Sitges.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018), el objeto del expediente de recurso contra calificaciones de registradores de la propiedad es exclusivamente la determinación de si la calificación es o no ajustada a Derecho. No tiene en consecuencia por objeto cualquier otra pretensión de la parte recurrente, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados. No puede por tanto estimarse la pretensión de que se rectifiquen asientos que se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales.

Resolución de 21-6-2021

*BOE 8-7-2021*

Registro de la Propiedad de Ortigueira.

#### UNIONES DE HECHO: ORGANIZACIÓN DE RÉGIMEN ECONÓMICO.

Los convivientes pueden alcanzar pactos tendentes a regular las consecuencias patrimoniales de su unión, siempre que no sean contrarias a los referidos límites generales. Así, podrán pactar válidamente entre ellos que les sean de aplicación las normas que disciplinan, en general, los distintos regímenes económicos matrimoniales, y en concreto el de la sociedad de gananciales, bien por remisión a los artículos que regulan dicho régimen económico matrimonial, bien por la adopción de pactos concretos que tradujeran en el convenio entre convivientes

las normas de la sociedad de gananciales. No obstante, no está regulada en las leyes una aplicación genérica y en bloque del estatuto ganancial al régimen de convivencia, incluso cuando haya sido objeto de un pacto expreso de remisión. En este sentido, resulta difícil extender una organización jurídica basada en el carácter público del estatuto conyugal a unas relaciones personales que, desde el punto de vista jurídico —no así desde el social—, destacan precisamente, por lo contrario.

Mediante pacto expreso se puede admitir la posibilidad de que los convivientes, valiéndose de los medios de transmisión ordinarios —sea permuta, donación, sociedad civil o incluso irregular—, puedan conseguir que todos o parte de los bienes de titularidad de uno de ellos lleguen a pertenecer a ambos «pro indiviso», sujetándose a las normas generales de la comunidad ordinaria y de la contratación. Junto a lo anterior es evidente que en el momento de adquirir un bien o derecho concreto puede adquirirse en comunidad por ambos convivientes, versando dichos pactos sobre bienes o derechos concretos. Cabe una comunidad de bienes entre los convivientes, si queda acreditado que tenían una inequívoca voluntad de hacer común la vivienda. De no acreditarse el pacto expreso o tácito de constitución de una comunidad, deviene obligado concluir su inexistencia. A falta de pacto expreso, las participaciones en esa comunidad serán por partes iguales.

El régimen de la sociedad de gananciales no resulta de aplicación a los efectos de la publicidad «*erga omnes*» consustancial al Registro de la Propiedad, a pesar de haber sido pactado expresamente, sin que pueda admitirse lo que ha sido calificado por algún sector doctrinal y jurisprudencial como «matrimonio parcial», limitado únicamente a los efectos económicos; si bien ello no obsta para que, en aras a la voluntad expresamente declarada de los convivientes de hacer comunes los bienes adquiridos durante la convivencia, puedan estos inscribirse a nombre de aquellos, pero deberá realizarse por medio de figuras como la de la sociedad particular, universal o la comunidad de bienes. A estas consideraciones debe añadirse que el régimen de gananciales no solo afecta a los derechos y obligaciones de los cónyuges entre sí, sino que se proyecta a las relaciones con terceros y en el tráfico jurídico, por lo que requiere dotar a dicho régimen de la suficiente publicidad mediante el correspondiente registro jurídico.

En el ámbito del Derecho Foral gallego la aplicación de un régimen económico a la pareja de hecho requiere necesariamente una manifestación de voluntad expresa en los términos permitidos por el apartado 3 de la disposición adicional tercera de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de modo que no cabe considerar que, en defecto de esa explícita manifestación de voluntad, pueda aplicarse «*in integrum*» el régimen de gananciales a que remite el artículo 171 de dicha ley.

Resolución de 21-6-2021

BOE 8-7-2021

Registro de la Propiedad de Sabadell, número 4.

#### PRINCIPIO DE PRIORIDAD: ORDEN EN EL DESPACHO DE DOCUMENTOS.

En el supuesto de este expediente, el documento presentado en primer lugar y cuya calificación negativa se encuentra recurrida es una escritura de compraventa de una participación indivisa en ejercicio de un derecho de opción de compra inscrito. El título posterior, y cuya suspensión de calificación es objeto de este

recurso, es una escritura en la que los concedentes de la opción rectifican las participaciones que en su día se transmitieron y que constituyen el objeto del derecho de opción.

Por lo tanto, pueden considerarse títulos cuanto menos conexos y, en consecuencia, no puede dejar de aplicarse el principio de prioridad en su aspecto formal que impone al registrador, como norma general, que guarde en el despacho de los documentos presentados relativos a una misma finca el orden cronológico que resulte de su presentación en el Registro. Por ello, debe considerarse correcta la actuación del registrador de suspender la calificación del segundo documento presentado hasta en tanto se resuelva el recurso planteado respecto del primero.

Resolución de 22-6-2021

BOE 8-7-2021

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 201.1 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En cuanto al momento en el que han de manifestarse las dudas de identidad de la finca, este Centro Directivo, ya ha manifestado, de forma reiterada que se hace preciso cohonestar el contenido de ambas normas para determinar el contenido y alcance de la certificación que debe expedirse al comienzo del procedimiento del artículo 201 de la Ley Hipotecaria y la extensión, en su caso, de la correspondiente anotación preventiva. Como ya señaló esta Dirección General en la Resolución de 27 de junio de 2016, la expresión de dudas de identidad al comienzo del procedimiento, no impide continuar con la tramitación del 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 posibles afectados.

Por otra parte, y en cuanto a la justificación de las dudas de identidad, como ha reiterado este Centro Directivo, siempre que se formule un juicio de identidad de la finca por parte del registrador, no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. Debe considerarse la circunstancia de que de los asientos del Registro ya resulta la constancia registral de las referencias catastrales que constan atribuidas a distintas fincas simultáneamente.

Procede, en consecuencia, recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre el valor que tiene la posible incorporación de las referencias catastrales a la descripción registral de los inmuebles. La constancia en el Registro de los datos de identificación catastrales es una circunstancia más de la inscripción, 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].

En el caso de este expediente, las dudas de identidad han sido manifestadas por la registradora una vez presentada para su inscripción el acta de conclusión del expediente notarial de rectificación de descripción de fincas. Resulta relevante destacar que en el acta de inicio para la tramitación del expediente, que fue presentada en el Registro para la expedición de la certificación prevenida en

el artículo 201 de la Ley Hipotecaria, se relacionaban todas y cada una de las parcelas catastrales con las que se corresponden la finca.

Resolución de 23-6-2021

BOE 8-7-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 3.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

El primer defecto invocado por el registrador no puede mantenerse, pues no hay precepto alguno —en la legislación notarial, ni en la legislación hipotecaria, ni en general en el ordenamiento jurídico—, por el cual se atribuya al registrador la función o potestad de fiscalizar la actuación del notario en materia de prevención del blanqueo de capitales ni en materia de determinación y expresión de la titularidad real.

En el presente caso, el notario autorizante de la escritura calificada se limita a expresar que el interviniente en representación de la sociedad vendedora actúa «en virtud de poder especial conferido, específicamente para la finca objeto de la presente, en escritura otorgada el día veintidós de septiembre de dos mil veinte ante el notario de (...), con el número de protocolo (...), cuya copia autorizada he tenido a la vista». Por ello debe concluirse que esta reseña del documento auténtico del que resulta la representación no expresa las circunstancias precisas para que el registrador pueda revisar que el título autorizado permite corroborar que el notario ha ejercido su función de valoración de la existencia y vigencia del poder y de la suficiencia de las facultades que confiere de forma completa y rigurosa, y que este juicio sea congruente con el contenido del título presentado.

Resolución de 28-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 2.

#### 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).

El propio artículo 51.9.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia de la circunstancia de la mayoría de edad o, «en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de estar casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal,

el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge». En el presente expediente se pretende la inscripción dominical de un inmueble por virtud de una adjudicación administrativa, derecho de propiedad que evidentemente queda afectado por el estado civil del adjudicatario y, caso de estar casado, por el régimen económico-matrimonial vigente.

Como ya puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 30 de noviembre de 2016, en la certificación de la adjudicación que se remite al Registro han de constar con claridad todas las circunstancias que afecten a los trámites esenciales del procedimiento, entre los que se encuentran los señalados por la registradora.

La falta de mención específica en el citado precepto reglamentario de este extremo no es suficiente para que el recurso prospere, pues, como ya declarara la Resolución de 22 de junio de 1989, y han reiterado otras posteriores como las de 14 de octubre de 1996 y 27 de enero de 1998, como regla general es necesaria la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico- real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. La Resolución de 29 de enero de 2009 enfatiza la idea de que la firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro. Así se deduce claramente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no cabe sino confirmar el defecto.

Resolución de 28-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera, número 1.

#### CONJUNTOS INMOBILIARIOS: RÉGIMEN JURÍDICO.

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. La regulación de estos últimos —como ya se ha expuesto— se encuentra en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal de 21 de julio de 1960, introducido por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y también en los artículos 26, apartados 4, 5 y 6, y 65.3 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. 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 y a las que se atribuye dicho adjetivo tan solo en razón de la distribución de los elementos que la integran que no se superponen en planos horizontales sino que se sitúan en el mismo plano horizontal. La formación de las fincas que pasan a ser elementos privativos en un complejo inmobiliario en cuanto crean nuevos espacios del suelo objeto de propiedad totalmente separada a las que se vincula en comunidad «*ob rem*» otros elementos, que pueden ser también porciones de suelo cómo otras parcelas o viales, evidentemente ha de equipararse a una parcelación a los efectos de exigir para su inscripción la correspondiente licencia si la normativa sustantiva aplicable exige tal requisito (cfr. art. 26.2 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana).



No hay duda de que en el presente caso nos encontramos ante un complejo inmobiliario privado de los referidos en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal. La concurrencia de las circunstancias previstas por el artículo 24.1 de la Ley sobre propiedad horizontal determina la existencia de un complejo inmobiliario y con ello la aplicación de las disposiciones de tal ley, aunque no haya sido otorgado título constitutivo del complejo, pues tal y como declara el Tribunal Supremo y así resulta de la misma Ley sobre propiedad horizontal [cfr. arts. 2.b) y 24.1 y 4], el título constitutivo no es elemento esencial para la existencia y funcionamiento de un conjunto inmobiliario. En el presente caso se cumple el requisito de estar integrado el conjunto arquitectónico por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí y cuyo destino principal es de vivienda o locales (locales en este caso), con la especialidad de que sus titulares participan, como derecho objetivamente vinculado a la respectiva finca independiente, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, sean viales, instalaciones o tan solo servicios (en este caso ciertos servicios y servidumbres). Es decir, que lo común son esos elementos accesorios, no la finca a la que se vincula la cuota o participación en ellos que han de ser fincas independientes (cfr. Resolución de 12 de noviembre de 2020). Adicionalmente, en el caso del presente recurso, la existencia de tal complejo no solo es una situación fáctica, sino que resulta del historial registral mismo.

El artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal prevé en su párrafo segundo dos esquemas de organización de los complejos: la comunidad de propietarios única o la agrupación de comunidades de propietarios, también denominada «supracomunidad», sin perjuicio de la posibilidad de adoptar otros esquemas conforme a lo permitido por el apartado 4. A la vista de lo anterior, se puede concluir que la situación jurídica existente es la de un complejo inmobiliario integrado por tres edificaciones distintas destinadas a locales comerciales y organizado como una agrupación de comunidades al amparo de lo previsto por el artículo 2.2.b) de la Ley sobre propiedad horizontal. Consecuencia de esto, resulta la aplicación de lo previsto por el mismo artículo 24 en su apartado 3. En definitiva, se trata de acuerdos que en modo alguno afectan a «los elementos inmobiliarios, servicios, instalaciones y servicios comunes» del complejo inmobiliario, únicas cuestiones sobre las que se extiende la competencia de los órganos de gobierno de la comunidad agrupada y para cuya adopción se exige la observancia de las normas previstas por el artículo 24.3.

Resolución de 28-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

#### **PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA: NOTA MARGINAL DE EXPEDICIÓN DE CERTIFICACIÓN E IDENTIDAD DE LA HIPOTECA EJECUTADA.**

Este Centro Directivo tiene declarado ya desde clásicas Resoluciones como la de 27 de noviembre de 1961, dictada en relación a la antigua regla cuarta del artículo 131 de la Ley Hipotecaria, que la nota marginal de expedición de certificación de dominio y cargas para procedimiento de ejecución hipotecaria si bien no lleva consigo un cierre registral, sí opera como una condición resolutoria, cuyo juego determinará la cancelación de todos los asientos practicados con posterioridad al de la hipoteca que sea base del procedimiento. Así, la relevancia

de este asiento excede con mucho de constituir una mera publicidad noticia, alcanzando valor de notificación formal y consecuentemente función sustitutiva de notificaciones individualizadas respecto de los titulares posteriores a la misma conforme a lo dispuesto en los artículos 132.2.º y 134.1.º de la Ley Hipotecaria. Como ha señalado reiteradamente este Centro Directivo (véase resoluciones señaladas en los «Vistos») no cabe duda de que el procedimiento de ejecución hipotecaria es esencialmente de carácter registral, dado el carácter constitutivo que la inscripción tiene con relación al derecho real de hipoteca (art. 1875 CC y arts. 130 y 145 LH).

Por ello, no puede procederse a la inscripción del testimonio del auto de adjudicación y al mandamiento de cancelación de cargas, si resulta que se ha llevado a cabo la ejecución de una hipoteca distinta de aquella para la que se expidió certificación de cargas en el procedimiento.

Ahora bien, debe considerarse que el defecto es subsanable. La regla general es la subsanabilidad de los trámites procesales, dada la limitación de las causas de nulidad de los actos procesales (Sentencia del Tribunal Constitucional número 79/2012, de 17 de abril). Solo se produce la nulidad de pleno derecho de los actos judiciales cuando se han realizado con manifiesta falta de jurisdicción o competencia objetiva funcional, cuando se realizan bajo violencia o intimidación y cuando se prescinde total o parcialmente de las normas de procedimiento establecidas por la Ley con infracción de los principios de audiencia, asistencia y defensa, y en los demás supuestos que establece el artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Resolución de 29-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

#### REPRESENTACIÓN ORGÁNICA: ADMINISTRADOR DE SOCIEDAD CON CARGO NO INSCRITO.

Es reiterada doctrina de este Centro Directivo que el nombramiento de los administradores surte sus efectos desde el momento de la aceptación, ya que la inscripción del mismo en el Registro Mercantil aparece configurada como obligatoria pero no tiene carácter constitutivo y que, por tanto, el incumplimiento de la obligación de inscribir no determina por sí solo la invalidez o ineficacia de lo realizado por el administrador antes de producirse la inscripción. La circunstancia de que sea obligatoria la inscripción en el Registro Mercantil de los nombramientos de cargos sociales o poderes generales (cfr. art. 94.1.5.<sup>a</sup> del Reglamento del Registro Mercantil) no significa que dicha inscripción en aquel Registro deba realizarse necesariamente con carácter previo para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos o contratos otorgados en ejercicio de dicha representación.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar

en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación.

En el presente caso es indudable que el notario ha emitido, conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001, el juicio que le compete sobre la suficiencia de las facultades representativas acreditadas por el administrador de la sociedad vendedora para otorgar la compraventa objeto de la escritura que autoriza y ese juicio incluye el examen de la validez y vigencia de tal nombramiento —según los medios de que dispone para ello— y su congruencia con aquel acto o negocio. Es indudable que el testimonio en relación que hace de determinados extremos de la escritura de nombramiento del administrador (afirmando que fue nombrado por unanimidad en la junta general extraordinaria y universal indicada, que el cargo fue aceptado por el compareciente en la misma junta y que se realizó la oportuna comunicación al anterior administrador único sin que este se opusiera al nombramiento), tiene la precisión necesaria y es suficiente para que no quepan dudas de que el notario ha ejercido el control que la Ley le encomienda respecto a la validez y vigencia de las facultades representativas. Y, por ello, la registradora puede apreciar que el título autorizado contiene los elementos que permiten corroborar que el notario ha ejercido dicho control.

Resolución de 29-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Conil de la Frontera.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria. En el expediente del 199 LH las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

En el caso de este expediente la registradora fundamenta su nota de calificación en la falta de correspondencia de la finca registral con las dos representaciones gráficas catastrales aportadas, atendiendo a la circunstancia de existir una parcela catastral entre ambas, por lo que se trataría de una finca discontinua, no constando este extremo en el Registro.

En aplicación de estos criterios, se concluye en la Resolución de 3 de junio de 2020 que no se puede suspender el inicio de la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada. En cuanto a la circunstancia de estar formada la finca por porciones no colindantes, por resultar dicha configuración de una previa operación de segregación, según alega el recurrente, en principio,

ello no es obstativo a la tramitación del procedimiento para la inscripción de la representación gráfica. A lo cual cabe añadir la insuficiente fundamentación de la nota de calificación, ya que se limita a expresar la no colindancia de las parcelas catastrales.

Resolución de 29-6-2021

*BOE* 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 2.

#### OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD: REQUISITOS.

Este Centro Directivo ha exigido como elemento necesario para completar la descripción del edificio la individualización de la superficie correspondiente a cada planta y la precisa descripción de la finca en el título que pretenda su acceso al Registro de la Propiedad, como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales. En consecuencia, debe precisarse el alcance de la modificación descriptiva que resulta del certificado del arquitecto y que se recoge en la escritura.

La Ley no establece ninguna jerarquía o preferencia de medios de acreditación, por lo que el interesado puede optar por cualquiera de los cuatro medios que establecen dichos preceptos, puesto que no se señala ningún medio preferente, sino que se emplean fórmulas disyuntivas o alternativas, al decir en el párrafo a) del apartado 4 del artículo 20 del citado Texto Refundido de la Ley de Suelo que «se inscribirán en el Registro de la Propiedad las escrituras de declaración de obra nueva (de las antiguas a que se refiere) que se acompañen de certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica, en las que conste la terminación de la obra en fecha determinada y su descripción coincidente con el título».

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se haya presentado 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.

En referencia a la sucesión de declaraciones de ampliación, no existe precepto legal alguno que impida acceder a la declaración de una obra nueva antigua, o su ampliación o ampliaciones sin que haya transcurrido entre ellas determinado lapso temporal. Este mero hecho por sí solo no es suficiente para rechazar la inscripción.

Resolución de 29-6-2021

*BOE* 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Mijas, número 2.

#### SENTENCIAS DE CONDENA: REQUISITOS DE INSCRIPCIÓN. SENTENCIAS DICTADAS EN REBELDÍA: FIRMEZA.

Este Centro Directivo tiene declarado que las sentencias declarativas o constitutivas con trascendencia inmobiliaria son directamente inscribibles en los libros

del Registro, si de este no resultan obstáculos que lo impidan, mediante la presentación del correspondiente testimonio de la resolución judicial, que acredite su contenido así como la firmeza de la misma. Pero a diferencia de las sentencias declarativas o constitutivas, las sentencias de condena requieren para su eficacia plena, y por tanto para su acceso registral, la tramitación del correspondiente proceso de ejecución. Cuando la sentencia como en el presente caso impone una obligación de hacer, consistente en emitir una determinada declaración de voluntad negocial, no es aquella el título directamente inscribible en el Registro, sino que lo serán los actos que en su ejecución se lleven a cabo. En este caso la sentencia no es presupuesto directo de su inscripción, sino de la legitimación del juez para proceder, en ejercicio de su potestad jurisdiccional a su ejecución específica, supliendo la inactividad o resistencia del condenado.

En consecuencia, serán inscribibles en el Registro de la Propiedad las declaraciones de voluntad dictadas por el juez en sustitución forzosa del obligado, cuando estén predeterminados los elementos esenciales del negocio; pero en nada suplen a la declaración de voluntad del demandante, que deberá someterse a las reglas generales de formalización en escritura pública (cfr. arts. 1217, 1218, 1279 y 1280 CC, 3 LH y 143 y 144 del Reglamento Notarial). Por todo ello, lo procedente es entender que la Ley de Enjuiciamiento Civil no dispone la inscripción directa de los documentos presentados, sino que la nueva forma de ejecución procesal permite al demandante otorgar la escritura compareciendo ante el notario por sí solo, apoyándose en los testimonios de la sentencia y del auto que suple la voluntad del demandado. El auto del artículo 708 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tan solo viene a hacer innecesaria la comparecencia de la autoridad judicial en el otorgamiento del negocio o contrato de la persona cuya voluntad ha sido suplida judicialmente.

Dictada la sentencia en rebeldía procesal de los demandados, tal y como consta en la propia resolución, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 524.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Como ha afirmado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.* «Vistos»), solo el juzgado ante el que se siga el procedimiento podrá aseverar tanto el cumplimiento de los plazos que resulten de aplicación, incluyendo en su caso la prolongación de los mismos, como el hecho de haberse interpuesto o no la acción rescisoria.

Resolución de 30-6-2021

BOE 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Álora.

#### CAPITULACIONES MATRIMONIALES: INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo en Resoluciones de 13 de febrero, 15 de septiembre y 9 de octubre de 2020, en Derecho español, en caso de que se haya pactado el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, es necesario acreditar la previa indicación en el Registro Civil de la escritura de capitulaciones matrimoniales para que un bien adquirido mediante compraventa por uno de los cónyuges pueda ser inscrito con carácter privativo a su favor.

El artículo 266 del Reglamento del Registro Civil exige en su párrafo sexto, que en las inscripciones que en cualquier otro Registro —y, por tanto, en el de la Propiedad— produzcan los hechos que afecten al régimen económico-matrimonial han de expresarse los datos de inscripción en el Registro Civil (tomo y folio

en que consta inscrito o indicado el hecho), que se acreditarán por certificación, por el libro de familia o por la nota al pie del documento. En caso de no haberse acreditado se suspenderá la inscripción por defecto subsanable.

En el presente caso se han aportado las capitulaciones autorizadas por notario belga, pero no se acredita la inscripción de las mismas en el referido Registro Central de contratos de matrimonio, ni la mención de las mismas en el acta de matrimonio, de acuerdo con el Derecho belga. Por ello, el defecto debe ser confirmado.

Por último, respecto de las alegaciones de la recurrente sobre el hecho de que se hayan inscrito escrituras semejantes en el Registro de la Propiedad de Marbella, debe recordar que, como ha reiterado este Centro Directivo, el registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación o de la anterior presentación de otros títulos, y ello por aplicación del principio de independencia en ese ejercicio de su función.

Resolución 30-6-2021

*BOE* 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Escalona.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: RECTIFICACIÓN DE LA ESCRITURA INSCRITA.

Este Centro Directivo ha manifestado (cfr., entre otras, las Resoluciones de 6 de julio de 2006, 28 de noviembre de 2013 y 5 de septiembre de 2016) que, como principio general, se pueden alterar los términos de una escritura cuando estos no se ajustan a la realidad, haciendo posible la rectificación o aclaración y el posterior acceso de la misma al Registro, sin que sea necesario un determinado pronunciamiento judicial. No obstante, tal alteración siempre ha de estar supeditada al hecho de que quede suficientemente causalizado el acto correspondiente (arts. 1261 y 1275 CC y 2 LH) y, consiguientemente, la razón de la modificación o rectificación.

En definitiva, nada impide que se modifique o se deje sin efecto un título inscrito con el consentimiento de todos los titulares (*ex art. 82 LH*) con base en el error de consentimiento o de la declaración de voluntad de los otorgantes; ahora bien, con su propia prioridad y dejando a salvo los derechos de los terceros (cfr. arts. 32 y 34 LH).

Resolución de 30-6-2021

*BOE* 21-7-2021

Registro de la Propiedad de Barcelona, número 14.

#### OBRA NUEVA: INSCRIPCIÓN FINAL DE OBRA QUE RECTIFICA LA OBRA EN CONSTRUCCIÓN.

Resulta también de los antecedentes registrales que, en la inscripción de la declaración de la obra nueva en construcción, se especifica que «la ocupación

del edificio en planta baja corresponde con tres mil ochocientos sesenta y cuatro metros veintinueve decímetros cuadrados, el resto de superficie no edificada se destina a espacio privado de uso público —mil noventa metros setenta y un decímetros cuadrados—. De igual modo, el contenido de la servidumbre quedó concretado en el cuerpo de tal inscripción. Es decir, según la inscripción de obra nueva en construcción, la superficie total afectada por el espacio de uso público es de mil noventa metros cuadrados y setenta y un decímetros cuadrados, que coincide con la parte no edificada en planta baja.

El objeto del presente recurso consiste, por tanto, en determinar si cabe inscribir el final de obra del edificio declarado en construcción respecto de la referida finca, al modificarse la superficie del solar, pero sin aumentar la parte del mismo ocupado en planta por la edificación, y sin alterar la determinación y concreción de la servidumbre de uso público respecto de la parte del solar no ocupado por la planta de la edificación referida.

La licencia de primera ocupación, por ser anterior, no ampara, en el presente caso, la rectificación de la obra nueva que se pretende inscribir en lo relativo a la determinación del espacio privado de uso público conforme a la referida servidumbre técnica de uso público; y, la manifestación del técnico competente se encuentra en aparente contradicción con los pronunciamientos de los asientos registrales, en tanto en cuanto según los términos de la inscripción de la servidumbre debe interpretarse que esta afecta a la totalidad del suelo libre de edificación.

Es doctrina uniforme de este Centro Directivo que solo deben acceder al Registro de la Propiedad situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas, porque solo de ese modo se producirá una plena claridad en los asientos, base de la publicidad registral y del fomento del crédito territorial.

Por tanto, el defecto recurrido debe ser confirmado, puesto que la alteración en la descripción tanto del solar como de la obra nueva debe necesariamente conllevar una nueva y completa descripción del objeto y contenido de la servidumbre de uso público, al quedar necesariamente afectada por las referidas rectificaciones, con la correspondiente conformidad municipal. No obstante, a solicitud de los interesados, cabe inscripción parcial, excluyendo el exceso de cabida.

Resolución de 1-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

#### REPRESENTACIÓN VOLUNTARIA: ARTÍCULO 98 LEY 24/2001.

El registrador, al llevar a cabo el ejercicio de su competencia calificadora de los documentos presentados a inscripción, no está vinculado, por aplicación del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por las propias resultantes de la anterior presentación de la misma documentación. Tampoco está vinculado por la calificación efectuada sobre el mismo título por otro registrador aunque este haya sido inscrito.

Para entender válidamente cumplidos los requisitos contemplados en el mencionado artículo 98 en los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio acerca de la suficiencia de las facultades acreditadas para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación con aquellas facultades que se pretendan



ejercitar. Las facultades representativas deberán acreditarse al notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el notario deberá hacer constar en el título que autoriza, no solo que se ha llevado a cabo el preceptivo juicio de suficiencia de las facultades representativas, congruente con el contenido del título mismo, sino que se le han acreditado dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación. De acuerdo con la misma doctrina citada, 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.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión del juicio de suficiencia emitido con ciertas fórmulas o expresiones que han sido calificadas negativamente por el registrador en cuanto a su especificación. Según dicha doctrina, las exigencias del juicio de suficiencia no se cumplen si se relacionan de forma lacónica o genérica las facultades representativas del apoderado o representante, si el notario utiliza expresiones genéricas, ambiguas o imprecisas, como cuando usa fórmulas de estilo que —a falta de reseña, siquiera somera, de las facultades acreditadas— se circunscriben a afirmar que la representación es suficiente «para el acto o negocio documentado», en vez de referirse de forma concreta y expresa al tipo de acto o negocio que en la escritura se formaliza.

En este caso no se emplea una expresión genérica, ambigua o imprecisa, sino que, por el contrario, es expresa y concreta, especificando que se trata de una dación en pago de deuda y los pactos contenidos en la misma; los pactos que se escrituran son los propios y complementarios de una dación en pago de deuda, tales como la carta de pago, y la cancelación de la hipoteca que garantizaba la deuda, por lo que el juicio es expreso, concreto y coherente con el negocio documentado; por lo que a la vista de estos razonamientos, el juicio de suficiencia que emite el notario autorizante de la escritura calificada incluye datos necesarios para hacer una comparación entre la facultad representativa acreditada y el concreto acto o contrato documentado.

Resolución de 1-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Villafranca del Penedès.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018 y 11 de junio de 2020), 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.

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH). Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 1-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Almería, número 5.

**PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE. CALIFICACIÓN REGISTRAL: DOCUMENTOS JUDICIALES.**

Lo primero que debe recordarse es la competencia del registrador para calificar el tracto sucesivo en los documentos judiciales. Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que los registradores tienen dentro de su ámbito de competencia la calificación de documentos judiciales (*ex arts. 18 LH y 100 del Reglamento Hipotecario*), por lo que pueden revisar si la resolución judicial es congruente o no con el procedimiento seguido. No se trata de discutir el fondo de la resolución judicial, sino de exigir el cumplimiento de las normas estructurales de nuestro procedimiento registral.

En los casos en que interviene la herencia yacente, la doctrina de este Centro Directivo impone que toda actuación que pretenda tener reflejo registral debe 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 (*vid. 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.

Si se tiene en cuenta que la prescripción produce sus efectos jurídicos a favor y en contra de la herencia antes incluso de haber sido aceptada (art. 1934 CC), y que ha sido interpuesta la demanda contra la herencia yacente dirigiéndola contra herederos determinados de los titulares registrales entiende este Centro Directivo que sería innecesaria y exagerada la exigencia formal de la designación de un administrador judicial de la herencia yacente que vele por los intereses de esta.

En cuanto al segundo defecto, relativo a la exigencia de especificación de la justa causa de la prescripción adquisitiva, también debe ser estimado el recurso. La prescripción adquisitiva o usucapión, declarada en la sentencia firme presentada en el Registro, en sí misma es la causa o título que debe expresarse en la inscripción. La existencia o no de justo título civil para la prescripción, y si es una prescripción ordinaria o extraordinaria, es una cuestión que habrá valorado el juez al adoptar su decisión, sin que el registrador pueda revisar, al tratarse —esta sí— de una cuestión de fondo.

Resolución de 5-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Irún.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL COMPLEJO INMOBILIARIO YA EXISTENTE DE HECHO.

En cuanto al primero de los defectos señalados, esto es, la necesidad de la autorización unánime de todos los propietarios de las fincas que forman parte del complejo inmobiliario que se pretende inscribir, es correcta la motivación del registrador cuando señala la exigencia del párrafo sexto del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, en relación con el artículo 24.1 del mismo cuerpo legal introducido por la Ley 8/1999 de 6 de abril, por el cual, los acuerdos de la junta de propietarios se sujetarán a las siguientes reglas: «(...) Los acuerdos no regulados expresamente en este artículo, que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad, requerirán para su validez la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación». En la constitución formal que ahora se regulariza, además, se aprueban unos estatutos con la delimitación de los bienes y elementos y servicios comunes y las cuotas de participación de cada parcela —que recordemos se aplicaban de facto desde el acuerdo de 1999—, siendo exigible, como señala el registrador y advierte el notario, la unanimidad para formalizar la inscripción registral de la comunidad.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2020, resuelve sobre un supuesto semejante al presente, en el que existiendo una comunidad de propietarios de hecho se impugnó un acuerdo de formalización de la constitución de la comunidad por falta de la unanimidad. El Alto Tribunal declara la posibilidad de que haya situaciones regidas por las normas de la propiedad horizontal sin que haya habido un título constitutivo de la misma, y así lo reconoce el artículo 2 de la Ley. En el caso resuelto en esta STS, el acuerdo impugnado solo pretendía dar forma a una comunidad ya existente, por lo que no era precisa la unanimidad, pues no se pretendía la constitución sino la formalización. En el caso que nos ocupa, el acuerdo solo pretende dar forma a una comunidad ya existente, y por tanto no es precisa la unanimidad, ya que no se pretende su constitución sino la formalización de la misma. En consecuencia, debe revocarse este defecto señalado.

En el supuesto concreto de este expediente, concurren las notas definitorias de los fraccionamientos de suelo susceptibles de ser realizados bajo la cobertura jurídica del régimen de comunidad en régimen de propiedad horizontal o en su caso en los complejos inmobiliarios, y en particular, de los contemplados en el artículo 24 de la Ley sobre propiedad horizontal, resultando de aplicación el artículo 26.6 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Entender lo contrario y admitir la pretensión del recurrente supondría eludir el control administrativo, cuya finalidad no es otra que dar respuesta a la preocupación esencial de legislador urbanístico: evitar que se constituya un núcleo de población allí donde antes no lo hubiera, contra las previsiones del planeamiento. Alega el recurrente que no se produce incremento alguno de las parcelas y que corresponde con las licencias dadas en su día, pero, lejos de las alegaciones del recurrente, no se acompaña ni acredita licencia alguna de obras dado que se

trata de una comunidad de propietarios de facto, y tampoco resulta acreditado que no haya posibilidad de incremento de las parcelas o de las viviendas que integran la comunidad, lo que se resolvería con una autorización, en este caso, de los dos ayuntamientos de ubicación de los elementos privativos y comunes de la comunidad de propietarios —Irún y Fuenterrabía—. En consecuencia, debe confirmarse este defecto señalado.

Resolución de 5-7-2021  
BOE 26-7-2021  
Registro de la Propiedad de Padrón.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Según la reiterada doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo, Sentencia de 22 de mayo de 2000 (*vid.*, por todas, la Resolución de 18 de abril de 2018 y 11 de junio de 2020), 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.

Es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH). Por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 5-7-2021  
BOE 26-7-2021  
Registro de la Propiedad de Gijón, número 5.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

Son principios básicos de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionados el de tracto sucesivo, el de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 20, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria.

Como ha reiterado este Centro Directivo (cfr. por todas, las Resoluciones de 2 de febrero de 2005, 19 de diciembre de 2006, 19 de junio de 2010, 23 de agosto de 2011 y 10 de abril de 2017), la rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho (cfr. arts. 40, 217 y 219 LH). Cuando se trata de un defecto o error en el título resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, el cual, como expresó la Resolución de este Centro Directivo de 13 de septiembre de 2005 «es tajante al exigir el consentimiento de los titulares o la oportuna resolución judicial».

No obstante es también criterio de esta Dirección General, que si los errores padecidos en un título inscribible pueden ser comprobados plenamente a través de documento auténticos y fehacientes, que por su naturaleza sean independientes de la voluntad de las partes (documentos que ponen de manifiesto la falta de armonía entre el Registro y la realidad jurídica), bastará la extensión del asiento a petición del interesado, con la presentación de los mismos, y sin que sea necesario entonces acudir a los procedimientos legalmente establecidos.

Resolución de 5-7-2021

*BOE* 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

#### RECTIFICACIÓN DEL REGISTRO: REQUISITOS.

La rectificación de los asientos exige, bien el consentimiento del titular registral y de todos aquellos a los que el asiento atribuya algún derecho —lógicamente siempre que se trate de materia no sustraída al ámbito de autonomía de la voluntad—, bien la oportuna resolución judicial recaída en juicio declarativo entablado contra todos aquellos a quienes el asiento que se trate de rectificar conceda algún derecho. Este principio se consagra en el artículo 40.c) de la Ley Hipotecaria.

En cualquier caso, la legislación hipotecaria diferencia dos procedimientos para la rectificación de los errores de concepto: el que exige el acuerdo unánime de los interesados y del registrador o, en su defecto, resolución judicial, y el que permite la rectificación de oficio por parte del registrador cuando el error resulte claramente de los asientos practicados o, tratándose de asientos de presentación y notas, cuando la inscripción principal respectiva baste para darlo a conocer (cfr. art. 217 LH). Esta última modalidad de rectificación se infiere con claridad de lo dispuesto en el párrafo primero del citado artículo 217 de la Ley Hipotecaria.

No existiendo la conformidad del registrador, la rectificación registral, en el supuesto de existir error, debe realizarse por los cauces generales, exigiéndose la conformidad de todos los interesados o la correspondiente resolución judicial, sin que esta Dirección General pueda pronunciarse al respecto.

Resolución de 6-7-2021

*BOE* 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 2.

#### 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).

El propio artículo 51.9.<sup>a</sup> del Reglamento Hipotecario exige expresamente la constancia de la circunstancia de la mayoría de edad o, «en otro caso, la edad que tuviera, precisando, de estar emancipado, la causa; si el sujeto es soltero, casado, viudo, separado o divorciado y, de estar casado y afectar el acto o contrato que se inscriba a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal, el régimen económico matrimonial y el nombre, apellidos y domicilio del otro cónyuge». En el presente expediente se pretende la inscripción dominical de un inmueble por virtud de una adjudicación administrativa, derecho de propiedad que evidentemente queda afectado por el estado civil del adjudicatario y, caso de estar casado, por el régimen económico-matrimonial vigente.

Como ya puso de manifiesto la Resolución de este Centro Directivo de 30 de noviembre de 2016, en la certificación de la adjudicación que se remite al Registro han de constar con claridad todas las circunstancias que afecten a los trámites esenciales del procedimiento, entre los que se encuentran los señalados por la registradora.

La falta de mención específica en el citado precepto reglamentario de este extremo no es suficiente para que el recurso prospere, pues, como ya declarara la Resolución de 22 de junio de 1989, y han reiterado otras posteriores como las de 14 de octubre de 1996 y 27 de enero de 1998, como regla general es necesaria la firmeza en vía administrativa para que los actos administrativos que implican una mutación jurídico-real inmobiliaria sean susceptibles de inscripción en el Registro de la Propiedad. La Resolución de 29 de enero de 2009 enfatiza la idea de que la firmeza de la resolución administrativa es un requisito esencial para practicar cualquier asiento de cancelación en el Registro. Así se deduce claramente del artículo 82 de la Ley Hipotecaria. Por tanto, no cabe sino confirmar el defecto.

En el ámbito de los procedimientos administrativos, el artículo 5.5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, dispone que: «El órgano competente para la tramitación del procedimiento deberá incorporar al expediente administrativo acreditación de la condición de representante y de los poderes que tiene reconocidos en dicho momento. El documento electrónico que acredite el resultado de la consulta al registro electrónico de apoderamientos correspondiente tendrá la condición de acreditación a estos efectos». Esta representación podrá resultar de diferentes títulos. En el caso de una persona física, además de los supuestos de representación legal, el apoderamiento voluntario para actuar podrá haberse otorgado mediante comparecencia «*apud acta*» (art. 5.4 de la misma ley), mediante escritura notarial o mediante apoderamiento inscrito en el Registro Electrónico de Apoderamientos que regula el artículo 6 de la Ley 39/2015. Entra dentro del ámbito de la calificación registral la comprobación de que estas circunstancias consten claramente en el título que se presenta a inscripción. Por tanto, el defecto debe confirmarse.

Resolución de 6-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 18.

#### LIQUIDACIÓN. DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DE DOS CIUDADANOS EXTRANJEROS RESIDENTES EN ESPAÑA: LEGISLACIÓN APLICABLE.

Como señala el registrador, teniendo ambos cónyuges su residencia en España, su divorcio, en base al señalado artículo 3 del Reglamento 2201/2000 (la

referencia a este Reglamento, a partir del 1 de agosto de 2022, que entrará en aplicación, debe entenderse hecha al Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio. Bruselas II ter), se somete a las reglas de competencia establecidas en dicho Reglamento. Las normas competenciales, conducen por tanto al ordenamiento español y concretamente a las procesales establecidas en el artículo 22 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, y 36.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y de ser aplicables los artículos 86 y 87 del Código civil y 54 de la Ley del Notariado.

El divorcio celebrado de acuerdo con la normativa del foro será objeto de inscripción en el Registro Civil español, para su eficacia frente a terceros y, por tanto, como requisito previo a la inscripción de la liquidación del régimen económico matrimonial subsiguiente.

Resolución de 6-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Olivenza.

#### DISOLUCIÓN DE CONDOMINIO: CASOS EN QUE UNA DE LAS CUOTAS TIENE CARGAS.

El presente recurso tiene como objeto una sentencia dictada en un procedimiento ordinario por la que, ante el allanamiento de los demandados, se acuerda, en los términos propuestos en la demanda, la disolución de un condominio sobre una finca, ordenando la división en tres fincas distintas que se adjudicarán a los distintos dueños. El problema radica en que la participación indivisa de uno de los comuneros se hallaba gravada por varias anotaciones de embargo, habiéndose decidido en el fallo que tales cargas pasen a gravar exclusivamente la finca resultante de la división que se adjudica al condeño titular de dicha participación.

Esta Dirección General «ha recogido la doctrina expresada de nuestro Alto Tribunal y así tiene declarado que, dado que la existencia de una hipoteca no afecta a las facultades dispositivas del condómino, no precisa de su consentimiento para llevar a cabo la división y sin perjuicio de la salvaguarda de su derecho en los términos previstos en el artículo 123 de la Ley Hipotecaria cuando la carga afecta a toda la finca (Resolución de 4 de junio de 2003). Por el contrario, cuando la carga afecta exclusivamente a una cuota, la división implica registralmente y en aplicación del principio de subrogación real, el arrastre de las cargas que pesaban sobre la cuota, a la finca adjudicada (Resolución de 27 de abril de 2000) por así disponerlo el artículo 399 del Código civil. De este modo se consigue un adecuado equilibrio entre los intereses de las distintas partes y se respeta tanto la facultad de división que corresponde a ambos condóminos como la posición jurídica de los acreedores sin causar un perjuicio a quien no fue parte en los negocios constitutivos de las hipotecas inscritas ni fue responsable de las deudas que derivaron en el embargo de la cuota».



Resolución de 6-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Málaga, número 10.

**PROPIEDAD HORIZONTAL TUMBADA: LICENCIA. OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.**

Corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

El artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, impone a notarios y registradores, en la autorización e inscripción de escrituras de segregación o división de fincas, la acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable. El artículo 28 de la misma ley, por su parte, hace lo propio respecto a las escrituras de declaración de obra nueva, con la salvedad de permitir, en su apartado cuarto, un procedimiento especial de inscripción, sin acreditación de autorización administrativa previa, respecto a las «construcciones, edificaciones e instalaciones respecto de las cuales ya no proceda adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes».

Del artículo 66 de la LOUA puede deducirse sin dificultad que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación que pretendan acceder al Registro de la Propiedad. Contiene, además, una presunción legal de parcelación urbanística, que únicamente podrá ser desvirtuada en el correspondiente procedimiento administrativo o jurisdiccional, por lo que la exigencia de la aportación de la licencia se deduce de los artículos 66.4 de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, instaurando un régimen administrativo de intensidad superior a la pura sanción urbanística y se adentra en las exigencias de fiscalización municipal previa a la inscripción en aras a que accedan al Registro solo los actos válidos y con plena cobertura normativa. De acuerdo con los fundamentos anteriormente expuestos, en el ámbito de la legislación sustantiva andaluza, resulta exigible licencia a efectos de inscripción, cuando la división horizontal de las edificaciones se configure de tal modo que puede suponer un acto equiparado a parcelación o a «cualesquiera otros actos de división» de parcelas o terrenos.

Si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. En el caso particular de este expediente nos encontramos con varias viviendas adosadas con patio, supuesto similar al de la Resolución de 27 de enero de 2006. En definitiva, en nuestro caso la edificación realizada se encuentra amparada en la licencia de obras (y también licencia de ocupación) en la que se contemplan los elementos independientes, sin que proceda exigir adicionalmente una notificación posterior que está prevista legalmente para la licencia de parcelación, que es la que puede quedar sujeta a la caducidad que recoge los apartados 5 y 6 del artículo 66 de la Ley Ordenación Urbanística de Andalucía.

Respecto a la exigencia de representación gráfica de cada uno de los elementos, y consecuentemente con lo anterior, cabe recordar la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 22 de julio de 2016 y 19 de julio de 2018) que afirma que conforme a los artículos 9.b) y 199 Ley Hipotecaria no es admisible, a efectos de la constancia registral de la representación gráfica, la correspondiente a un elemento en régimen de propiedad horizontal individualmente considerado. Dicha inscripción de representación gráfica de los elementos individuales del régimen de propiedad horizontal solo se contempla en la Ley Hipotecaria en los casos de inscripción de una obra nueva, en los que tal representación se integre junto con la de todos los elementos del régimen en el libro del edificio, según prevé el artículo 202 de la Ley Hipotecaria «in fine». No procede, en definitiva, la exigencia de representación gráfica individualizada de cada uno de los elementos como requisito para la inscripción de la edificación en régimen de división horizontal tumbada, como requisito para la inscripción de la declaración de obra nueva (cfr. art. 202 LH). En coherencia con lo expuesto hasta el momento, tampoco es procedente exigir las coordenadas de la porción de suelo ocupada por cada uno de los elementos independientes.

Por último procede hacer referencia al defecto relativo a que el informe de validación catastral incorporado al título no se encuentra avalado por técnico alguno. Este defecto no puede confirmarse. No se contempla la exigencia de una previa elaboración por técnico de la representación gráfica, lo que por otra parte resulta superfluo toda vez que la validación catastral ya ofrece las garantías necesarias al permitir verificar que la representación gráfica cumple las condiciones del formato y estructura de la información previstas en el Anexo de esta Resolución que permite el intercambio de información entre Registro y Catastro y que la representación gráfica georreferenciada remitida cumple los requisitos establecidos en el párrafo cuarto del artículo 9.b) de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 7-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Sant Vicenç dels Horts, número 1.

**PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD: NECESIDAD DE LA PREVIA SEGREGACIÓN DE LA SUPERFICIE QUE SE ATRIBUYE AL DEMANDANTE POR USUCAPIÓN. PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.**

Sí procede inmatricular dos parcelas por título de prescripción adquisitiva positiva o usucapión, a pesar de que en el propio documento judicial se hace constar que las mismas forman parte y proceden de una finca registral ya inscrita en la que se reconoce que resta superficie. El principio de claridad y determinación de los asientos registrales de los artículos 9, 12 y 21 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento de desarrollo, en relación con el principio de tracto sucesivo del artículo 20 del mismo cuerpo legal, exigen que, estando dichas dos fincas comprendidas en una finca matriz ya inscrita, y procediendo ambas de la misma, deban previamente segregarse en cumplimiento de todos los requisitos prevenidos por Ley, pues, de lo contrario, se produciría una doble inmatriculación parcial.

Cabe recordar que el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24

de la Constitución española, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

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. En el supuesto del presente expediente, el emplazamiento efectuado a dos personas que ostentan la condición de posibles llamados a la herencia ha de entenderse que no es un llamamiento genérico a herederos ignorados del causante.

Resolución de 7-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Coria.

#### EXPEDIENTE DE DOMINIO JUDICIAL PARA INMATRICULACIÓN: REQUISITOS.

Esta Dirección General ya resolvió recurso contra la calificación de un testimonio firme del auto número 127/2014, en relación con el expediente de dominio de inmatriculación número 175/2013, que había causado el asiento 702 de Diario 62, y que fue calificado negativamente con fecha de 27 de agosto de 2014, siendo objeto de recurso, que fue resuelto el día 15 de diciembre de 2014 («Boletín Oficial del Estado» de fecha 23 de enero de 2015) acordando desestimar el recurso y confirmar la calificación, a excepción de lo relativo a la coincidencia personal de los titulares linderos. Ahora se vuelve a presentar el testimonio firme del auto número 127/2014, en unión de otro auto firme, de fecha 27 de enero de 2021, en el que en su parte dispositiva describe el inmueble exactamente igual que en el auto inicial, pero aclara o detalla el aspecto relativo a las notificaciones realizadas durante el procedimiento.

Como ya se afirmara en la Resolución de 15 de diciembre de 2014, en el documento judicial se describe la finca a inmatricular con una superficie aproximada de 40 metros cuadrados y 72 metros cuadrados construidos, mientras que en la certificación catastral descriptiva y gráfica se observa una superficie de suelo de 72 metros cuadrados y otra idéntica construida. Y aunque del auto judicial puede deducirse la actualización de la denominación de la calle, la superficie sigue sin corresponder completamente entre el título y la certificación catastral y gráfica aportada. La Ley 13/2015, ha corroborado este requisito exigiendo que en los procedimientos de inmatriculación la certificación catastral descriptiva y

gráfica de la parcela o parcelas catastrales, debe corresponderse con la descripción literaria y la delimitación gráfica de la finca cuya inmatriculación se solicita (véase art. 203 LH).

En el auto objeto del recurso, se determina por un lado que el régimen económico-matrimonial del promovente y su esposa es el legal de gananciales, resulta por otro que en el contrato privado de compra se declararon ya casados, y sin embargo se resuelve la inmatriculación con carácter privativo sin alusión alguna al hecho que determine dicho carácter de la adquisición, siendo, como es sabido, excepcional en el ámbito de la sociedad de gananciales, dada la presunción de ganancialidad, y los rigurosos requisitos que el artículo 95 del Reglamento Hipotecario exige para la inscripción con carácter privativo, sin perjuicio todo ello de la posibilidad de prueba de dicha adquisición en sede judicial, y de la posibilidad de negocios entre cónyuges.

Resolución de 7-7-2021

BOE 26-7-2021

Registro de la Propiedad de Antequera.

#### **HIPOTECA: CERTIFICADO DE TASACIÓN EN LOS CASOS DE HIPOTECAS CONCEDIDAS POR ENTIDADES QUE NO SEAN DE CRÉDITO.**

La única cuestión que se plantea en el presente recurso es determinar si en las hipotecas constituidas a favor de entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, la tasación de la finca hipotecada tiene que ser necesariamente realizada por sociedad de tasación homologada, o puede ser hecha por otro tipo de entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasación de inmuebles.

Las resoluciones antes citadas señalan que para poder inscribir los pactos de ejecución directa sobre bienes hipotecados o el pacto de venta extrajudicial incluidos en las escrituras de constitución de hipoteca, resulta imprescindible que se acredite al registrador, a través de la certificación oficial pertinente, la tasación realizada conforme a lo previsto en la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, para que este pueda comprobar que el tipo de subasta no es inferior al 75% del valor de dicha tasación (hoy el 100% tras la reforma de la Ley 5/2019 de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario). Su infracción implicaría la nulidad de la estipulación correspondiente, lo que la inhabilita para su acceso al Registro de la Propiedad y, por tanto, para permitir el ejercicio de la acción hipotecaria por tales vías procedimentales, de conformidad con el artículo 130 de la Ley Hipotecaria.

Por lo tanto, en los préstamos hipotecarios concedidos por entidades distintas de las expresadas en el artículo 2 de la citada Ley 2/1981, de 25 de marzo, la tasación puede ser realizada por una entidad que no necesariamente sea de las homologadas según la misma, pudiendo ser realizada por otras entidades o personas físicas que tengan entre sus funciones profesionales la de tasación de inmuebles. Es decir, en tales supuestos no se exceptiona la exigencia de la realización de una tasación profesional de la finca o bien hipotecada, pero sí la cualificación oficial de la entidad —como entidad homologada— que realice la tasación, que podrá ser una entidad que no sea necesariamente de las ho-

mologadas, pudiendo ser realizada por otras entidades o profesionales, siempre que entre sus funciones figure la de la realización de tasaciones, lo que, a su vez, dependerá de la adecuación de las cualificaciones técnicas de los tasadores a la naturaleza específica del bien objeto de la tasación. A la misma conclusión se llega por aplicación de los artículos 7 de la Ley 2/1981 y 8 del Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero.

No procede, sin embargo, entrar ahora a analizar si estas normas alteran la doctrina antes expuesta respecto de las personas o entidades que pueden hacer la tasación hipotecaria, en aquellos supuestos en que sea de aplicación la Ley 5/2019, ya que, sin necesidad de entrar a analizar cuál es el fin predominante del préstamo concedido (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2017), por un lado, ni el prestatario tiene la condición de consumidor ni el préstamo va dirigido a adquirir las fincas gravadas [art. 2.1.b) de la Ley 5/2019]; y, por otro lado, tampoco las fincas hipotecadas pueden calificarse de inmuebles de uso residencial [art. 2.1.a) de la Ley 5/2019], al tratarse, según el Registro de la Propiedad y la escritura, de fincas rústicas en las que no figuran edificios que puedan tener el destino de vivienda, siquiera fuera segunda o no habitual, pues en su descripción solo figura una mención a la existencia de una casa en estado ruinoso desde 1997, lo que no se considera suficiente para alterar, ni siquiera parcialmente, la naturaleza de los inmuebles gravados.

Resolución de 12-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Badajoz, número 3.

**HERENCIA: PARTICIÓN REALIZADA POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO.**

El artículo 326 de la Ley Hipotecaria establece que el recurso deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, siendo reiterada doctrina de este Centro Directivo.

El artículo 66 de la Ley del Notariado dispone que, tanto la designación de contador-partidor dativo como la aprobación de la partición que este realice, se formalicen en escritura pública. Por ello, el notario deberá recoger en acta (instrumento público con objeto delimitado claramente por el artículo 17 Ley del Notariado) desde el requerimiento inicial a los distintos trámites que implica el expediente, dándose número al acta con la solicitud o requerimiento inicial de los interesados, y documentándose los sucesivos trámites por diligencias, y, tras la conclusión del expediente, será solo el resultado final del mismo (el nombramiento de contador-partidor o la aprobación de la partición) lo que se documentará en escritura pública, por imperativo legal; escritura que otorgará el notario por sí y ante sí con base en la previa tramitación documentada en el acta.

Como ya ha afirmado anteriormente este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de 30 de noviembre de 2016 y 19 de febrero de 2021), deben diferenciarse conceptualmente lo que constituye propiamente el proceso de nombramiento

del contador-partidor dativo; lo que constituyen propiamente las operaciones particionales que debe realizar este contador-partidor dativo; y, por último, la aprobación por el notario (o el letrado de la Administración de Justicia) de la partición así practicada. Cada una de estas fases diferenciadas deben realizarse con estricto cumplimiento de lo exigido por la normativa. La aprobación notarial de la partición practicada por el contador-partidor supone un expediente específico de jurisdicción voluntaria. También ha afirmado este Centro Directivo que en la vigente Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria, el artículo 22.2, párrafo segundo, i.f., delimita claramente el ámbito de la calificación registral respecto de los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante los órganos jurisdiccionales. En relación con la calificación registral de los actos de jurisdicción voluntaria autorizados notarialmente no hay precepto semejante, pero debe tomarse en consideración dicho artículo 22.2. En virtud de lo expuesto, la calificación registral del nombramiento de contador-partidor y de la aprobación de la partición por él practicada abarcará la competencia del notario, la congruencia del resultado de tales actos con el expediente, las formalidades extrínsecas y los obstáculos que surjan del Registro.

En atención a lo expuesto, el defecto cuarto expresado en la calificación registral ha de ser íntegramente confirmado; no solo porque al tiempo de emitirse la nota no constaba, en debida forma, la alegada aprobación notarial, que es subsidiaria de la confirmación expresa de todos los herederos y legatarios y que ha de intentarse previamente (algo que, por cierto, en este caso no consta haber tenido lugar); sino porque esa teórica aprobación ha tenido lugar sin observarse lo prescrito por el citado artículo 66 de la Ley del Notariado, pues como ya se ha expuesto es un expediente distinto y específico que dará lugar a una escritura pública (no una simple diligencia adicional al instrumento que recoge la partición, como ha sucedido con la escritura calificada).

Según el primero de los defectos, relativo a la transformación del usufructo del cónyuge viudo en una atribución en pleno dominio de un porcentaje del inmueble, carece el contador-partidor de facultades para realizarla sin el consentimiento de todos los herederos. En este sentido, 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. Es comúnmente admitido que el contador-partidor no tiene la facultad de realizar la conmutación del usufructo del viudo, pues ello excedería de la facultad de realizar la «simple partición» de la herencia a la que se refiere el artículo 1057 del Código civil. Por lo demás, en este caso se ordenó en el testamento un legado de usufructo (junto a una «cautela Socini») siendo también criterio unánimemente admitido que el contador-partidor carece de facultad de realizar elección alguna, como tampoco la tiene en general para elegir en los legados alternativos.

El segundo de los defectos invocados por el registrador consiste en que «la adjudicación al cónyuge viudo, a calidad de compensar a los herederos, que también son legitimarios, con un derecho de crédito, excede de las facultades del contador-partidor, además de atentar contra el principio básico de intangibilidad de la legítima». 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 (así, Resolución de 18

de mayo de 2012); y este sometimiento ha de darse aunque sean circunstancias posteriores al otorgamiento del testamento las que provocan un desajuste entre lo querido por el testador y las disposiciones legales, pues en tal caso lo que ha de hacer el contador es partir la herencia ajustándose a la ley (así, Resolución de 20 de septiembre de 2003).

Según el tercer defecto, «(...) la adjudicación al cónyuge viudo de parte del inmueble en pago de una deuda ganancial, implica un acto dispositivo, también vedado al contador partidor; como la realización, en general, de actos dispositivos que exceden de las meras facultades de contar y partir». Debe tenerse en cuenta la Resolución de este Centro Directivo de 22 de julio de 2016, de la que se transcribe parte de su fundamento de Derecho tercero: «la adjudicación de un bien de la herencia a uno de los interesados —la viuda— en pago de una deuda de la sociedad conyugal 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 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 (cfr., entre otras, las Resoluciones de 29 de enero de 2013 y 27 de mayo de 2014, entre otras)».

Resolución de 14-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Arganda del Rey, número 1.

#### RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Es doctrina reiterada de esta Dirección General que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH).

Por tanto, a la luz de esta doctrina es claro que el recurso no puede prosperar; pues practicados los asientos, los mismos se hallan bajo la salvaguardia judicial y no es posible, en el concreto ámbito de este expediente, revisar, como se pretende, la legalidad en la práctica de dichos asientos ni la calificación positiva previa en que encuentran su fundamento los efectos de legitimación que dichos asientos generan; todo ello sin perjuicio de la posibilidad de su rectificación, bien mediante el consentimiento del titular del asiento inexacto en virtud de documento público, o bien mediante la oportuna sentencia firme dictada en juicio declarativo contra él entablado.

Resolución de 14-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de León, número 2.

#### ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CADUCIDAD (STS DE 4 DE MAYO DE 2021).

La doctrina de este Centro Directivo ha sido expuesta en numerosas resoluciones citadas en los «Vistos», en particular en la Resolución de 9 de abril



de 2018 en consulta vinculante sobre la materia formulado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España. Doctrina que, como ahora veremos, debemos mantener acomodándola a la reciente Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala de lo Civil, y parte de lo establecido en el artículo 86.1.º de la Ley Hipotecaria. También se había pronunciado esta Dirección General sobre los efectos que en cuanto a la duración y vigencia de la anotación de embargo tiene la nota marginal de expedición de la certificación de dominio y cargas prevista en el artículo 656 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se consideraba (sin perjuicio de lo que se dirá en el último fundamento de Derecho) que ni la certificación ni la nota marginal, que no hace sino consignar registralmente su expedición, suponen en ningún caso la prórroga de la anotación preventiva extendida como consecuencia del mismo procedimiento. Este Centro Directivo mantuvo la posición anterior a pesar de las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2007, 23 de febrero de 2015 y 7 de julio de 2017.

Sin embargo, la reciente Sentencia número 237/2021, de 4 de mayo, del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, ha fijado la posición jurisprudencial definitiva en esta materia, modificando en parte el criterio de las anteriores sentencias, y recogiendo argumentos de esta Dirección General en aras de la seguridad jurídica. También a dicha doctrina jurisprudencial debe acomodarse ahora la doctrina de este Centro Directivo.

En conclusión, el Tribunal Supremo —acogiendo alguna de las preocupaciones manifestadas en la doctrina de este Centro Directivo— ha matizado su doctrina contenida en la Sentencia número 427/2017, de 7 de julio, en cuanto que la emisión de la certificación de cargas y la extensión de la nota marginal más que «causar estado» definitivo, constituyen una prórroga temporal, de cuatro años, a la anotación preventiva de embargo, de forma que durante este período podrá hacerse valer el efecto de cancelación de cargas posteriores del eventual decreto de adjudicación dictado en esa ejecución. Por lo que no resultará procedente la cancelación por caducidad de la anotación preventiva de embargo, cuando haya sido solicitada y emitida certificación de cargas en el procedimiento de ejecución, mientras no transcurra el plazo de cuatro años desde esta última fecha. De tal forma que, mientras no haya transcurrido este plazo, si se presenta en el Registro de la Propiedad el testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, resultará procedente la inscripción y la cancelación de cargas solicitada, dejando únicamente a salvo las eventuales inscripciones de derechos adquiridos después de que en el Registro ya no constara la anotación de embargo por haberse cancelado el asiento.

Resolución de 14-7-2021

*BOE* 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Procede reiterar, una vez más, la doctrina de esta Dirección General (cfr. Resolución de 7 de junio de 2021) relativa a la inscripción de representaciones

gráficas. El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. El juicio de identidad de la finca por parte del registrador, debe estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados, sin que basten expresiones genéricas o remitirse a la mera oposición no documentada de un colindante.

El presente recurso debe ser desestimado. En el presente caso, no es suficiente afirmar, como hace el recurrente, que «el documento objeto de la solicitud inscripción, cumple todos los requisitos establecido en virtud de los artículos 199 y siguientes de la Ley Hipotecaria», pues el documento presentado no es sino el que determina el inicio del procedimiento citado, por lo que por sí mismo no cumple ni puede cumplir los requisitos de tramitación que son predicables no del documento presentado, sino del procedimiento registral que ha de iniciarse en virtud de la solicitud contenida en dicho documento.

Resolución de 14-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 13.

#### PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: HERENCIA YACENTE.

El problema a tratar entronca con el principio de tracto sucesivo establecido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, que intenta evitar la indefensión proscrita en el artículo 24 de la Constitución Española. Este principio, en su aplicación procesal y registral, implica que los procedimientos deben ir dirigidos contra el titular registral o sus herederos, y que esta circunstancia debe ser tenida en cuenta por el registrador, al estar incluida dentro del ámbito de calificación de documentos judiciales contemplado en el artículo 100 del Reglamento Hipotecario.

En 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.

Respecto a la forma en que deben efectuarse las notificaciones a los posibles interesados, las peculiaridades derivadas de la presentación de una demanda contra una herencia yacente no impiden que se deba procurar la localización

de quien pueda ostentar su representación en juicio como paso previo a una posterior declaración en rebeldía. La reciente Sentencia número 26/2020, de 24 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Constitucional, ha venido a recoger y concretar su doctrina a propósito de la vulneración del artículo 24.1 de la Constitución española por las notificaciones por edictos reiterando dicho carácter excepcional.

En el supuesto de este expediente, el testimonio presentado no recoge sino el fallo de la sentencia cuya inscripción se pretende, sin que del mismo resulten los datos que el recurrente expone en su escrito. Así, del citado testimonio no resulta que haya existido emplazamiento de todos los interesados para la celebración de la audiencia previa, ni que se haya producido la designación de herederos respecto de alguno de los titulares registrales, tampoco que se han efectuado numerosos intentos y oficios para identificar a los herederos de las herencias yacentes sin resultado satisfactorio y la forma en que finalmente se hayan realizado de forma que se cumplan los requisitos de notificación antes expuestos.

Resolución de 15-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de La Zubia.

#### PROPIEDAD HORIZONTAL: CASOS EN LOS QUE PUEDE PRESUMIRSE UNA PARCELACIÓN.

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 autónoma 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. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro.

De la normativa estatal y autonómica resulta que, en general, la preceptiva licencia urbanística será exigible, en su caso, a efectos de inscripción, para los actos de parcelación, división o segregación o aquellos que puedan considerarse legalmente equiparados que pretendan acceder al Registro de la Propiedad. Como ha señalado en otras ocasiones este Centro Directivo, la división horizontal de un inmueble no implica por sí misma un acto de parcelación que suponga la división de terrenos en dos o más lotes a fin de su edificación ni tampoco de segregación u otros actos de división de terrenos, pues el régimen de propiedad horizontal que se configura en el artículo 396 del Código civil parte de la comunidad de los propietarios sobre el suelo como primero de los elementos esenciales para que el propio régimen exista, manteniendo la unidad jurídica y funcional de la finca total sobre la que se asienta. Así resulta también del artículo 26.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo.

Sin embargo, en línea con las resoluciones citadas —cfr. Resolución de 20 de julio de 2020—, si la división horizontal se configura de tal modo que puede resultar equiparada a la división material de la finca hasta tal punto que sea incompatible con la unidad jurídica de la misma, a pesar de las estipulaciones de las partes, debe exigirse a efectos registrales la oportuna licencia urbanística. Criterio que se encuentra contemplado expresamente en la propia legislación aplicable en este caso en su artículo 66.

En el presente expediente, como señala el registrador, concurren circunstancias que pueden considerarse reveladoras de la existencia de una parcelación. En primer lugar, la asignación de uso exclusivo que se atribuye a los propietarios de las respectivas viviendas que integran la división horizontal, en relación con las respectivas parcelas que ahora se describen en la escritura con expresión de superficie y linderos. En segundo lugar, se expresa que cada elemento tiene su entrada independiente definida por su calle y número respectivo. En tercer lugar, la configuración parcelaria independiente de los elementos privativos en la cartografía catastral constando que las mismas tienen el carácter de «parcelas construidas sin división horizontal». En cuarto lugar, la distribución del uso del suelo común agota la totalidad de la parcela.

Resolución de 15-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Murcia, número 4.

#### HERENCIA: COLISIÓN ENTRE DERECHO DE TRANSMISIÓN Y SUSTITUCIÓN FIDUCIARIA.

El objeto del recurso contra la calificación negativa del registrador no es el asiento registral sino el propio acto de calificación de dicho funcionario, de manera que se trata de declarar si esa calificación fue o no ajustada a Derecho. El hecho de que sea el acto de calificación el que constituye el objeto del recurso tiene importantes consecuencias, entre ellas que, por imperativo legal, el recurso debe recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, pues, de no ser así, y estimarse otros defectos no incluidos en la misma supondría indefensión para el recurrente, razón por la que debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma.

En relación con la interpretación de los testamentos hay que tener en cuenta las siguientes reglas: ha de primar el criterio subjetivista, que busca indagar la voluntad real del testador, armonizando en lo posible las distintas cláusulas del testamento, y acudiendo con la debida prudencia a los llamados medios de prueba extrínsecos o circunstancias exteriores o finalistas a la disposición de última voluntad que se interpreta, tal y como tiene declarado el Tribunal Supremo en diferentes sentencias.

Que el causante dispuso —y ordenó— en el presente caso una sustitución fideicomisaria en la cláusula sexta de su testamento (no transcrita en la escritura calificada, aunque el testamento fue aportado junto con el título para inscripción) está fuera de toda duda, pues para que exista sustitución fideicomisaria no es absolutamente necesario que el testador utilice esta expresión, bastando con que de su disposición se desprenda inequívocamente la sustitución.

Por consiguiente, debe aplicarse el juego propio de las instituciones del derecho de sucesiones y dar prevalencia a la voluntad del testador (verdadera ley de la sucesión), por lo que la renuncia que efectúa la viuda, como heredera de su hija, a cuantos derechos le pudieran corresponder en la herencia causada por fallecimiento de su padre, para terminar aceptando la herencia como sucesora abintestato de este causante, en la práctica supone pasar por encima de la aplicación de dicha cláusula testamentaria sexta, en tanto que se impide su eficacia y operativa; en suma, el despliegue de sus efectos; efectos queridos por el testador.

Como ya sostuvo la Resolución de esta Dirección General de 19 de diciembre de 2019, en la que ya se planteó si existiendo una cláusula de sustitución fideicomisaria, esta resulta preferente o prioritariamente aplicable al derecho de transmisión. No se trata de que una u otra tengan preferencia, sino que los presupuestos de aplicación de una u otra son distintos, toda vez que aquí el testador ha hecho un llamamiento hereditario sucesivo al fiduciario y fideicomisarios, estableciendo cual ha de ser el destino de sus bienes de manera clara, instituyendo herederos fideicomisarios.

También tiene razón la registradora cuando pone de relieve que, de seguir la tesis mantenida en el título calificado referida a la aplicación del derecho de transmisión, ocurriría que, habiendo renunciado la viuda a la herencia del causante, padre de su fallecida hija y vía derecho de transmisión, ya no podría aceptarla como heredera abintestato de aquel, pues ello sería incompatible con lo dispuesto en el artículo 1009 del Código civil, según el cual: «El que es llamado a una misma herencia por testamento y abintestato, y la repudia por el primer título, se entiende haberla repudiado por los dos».

Resolución de 15-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Torrox.

#### COMUNIDAD DE BIENES: ARRENDAMIENTO COMO ACTO DE ADMINISTRACIÓN O DE DISPOSICIÓN.

Para determinar cuándo el arrendamiento es un acto de administración o de administración extraordinaria o de disposición, el Código civil fija como criterio especialmente relevante el que atiende a su plazo de duración. Así, dejando ahora al margen las interesantes cuestiones que se han suscitado en torno a la conceptualización —en abstracto— del arrendamiento como acto de administración, a la vista de lo establecido en nuestra legislación en diversas normas (preceptos legales que disciplinan facultades de determinados representantes legales; leyes arrendaticias especiales, etc.), es generalmente admitido que, en principio, el arrendamiento constituye acto de administración o, si se quiere, de extraordinaria administración o de gestión, por lo que bastaría, para su realización, la capacidad general para celebrar tales actos, siendo solo necesaria la capacidad dispositiva cuando se trate de arrendamientos que por sus estipulaciones, o por su duración, puedan ser considerados actos de disposición o equiparados a estos (sin perjuicio, eso sí, de que eventualmente alguna norma pueda exigir capacidad dispositiva para concertarlo). El hecho de que el arrendamiento sea inscribible no tiene la trascendencia de transmutar su naturaleza jurídica, de acto de administración en acto de disposición.

En la escritura a que se refiere este expediente se formaliza un contrato de arrendamiento por un plazo de cinco años. No excede por tanto del plazo de seis años que se tiene en cuenta por la jurisprudencia y este Centro Directivo para calificar el arrendamiento como acto de disposición y no de mera administración. Por ello debe concluirse que basta el consentimiento de quienes ostenten la mayoría de intereses en la comunidad para la celebración del arrendamiento (art. 398 CC). Esta conclusión no queda empañada por el hecho de que el plazo de duración pactado esté sujeto por pacto a prórrogas automáticas sucesivas, pues para que estas no se produzcan basta la comunicación por el arrendador al arrendatario de su voluntad de no renovarlo (sin que proceda analizar en este caso la antelación mínima de dicha comunicación según el artículo 10 de la Ley de Arrendamientos Urbanos).

Resolución de 15-7-2021

BOE 29-7-2021

Registro de la Propiedad de Albaida.

#### PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El artículo 199 de la Ley Hipotecaria 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.

Debe recordarse que esta Dirección General ha señalado en Resoluciones de 8 de junio y 3 de octubre de 2016 y 9 de junio de 2017 que estas dudas en la identidad de la finca pueden ser manifestadas por el registrador al comienzo del procedimiento, evitando dilaciones y trámites innecesarios. Y esto es lo que precisamente ocurre en el supuesto de hecho de este expediente, en el que la registradora advierte dudas basadas en la magnitud de la diferencia superficial y en la sospecha de que se englobe una porción colindante.

El procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos. Sin embargo, como se afirmó en la Resolución de 1 de agosto de 2018, «en todo caso la representación gráfica aportada debe referirse a la misma porción de territorio que la finca registral, lo que es presupuesto para la tramitación de este procedimiento y deberá ser objeto de calificación por el registrador».

En aplicación de estos criterios, se concluye en la Resolución de 3 de junio de 2020 que no se puede suspender el inicio de la tramitación del expediente previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria por el único motivo de existir una diferencia de superficie desproporcionada. Por ello, debe entenderse que lo procedente es iniciar la tramitación del procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, dado que no se aprecian dudas de identidad sobre la representación gráfica cuya inscripción se solicita, relativas 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 inmatricu-

ladas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria, en los términos señalados en los anteriores fundamentos. Y sin perjuicio de la calificación que proceda a la vista de lo que se actúe en el procedimiento. Pero no siendo palmaria, ni evidente, la improcedencia del inicio del expediente previsto en el artículo 199, lo adecuado es iniciarlo, practicar todas las pruebas y trámites previstos en dicho precepto y proceder a su calificación a su conclusión.

Resolución de 15-7-2021  
*BOE* 29-7-2021  
Registro de la Propiedad de Cuenca.

**PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 DE LA LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.**

Como se ha reiterado por esta Dirección General (cfr., por todas, la Resolución de 5 de diciembre de 2018) el artículo 9 de la Ley Hipotecaria, contempla en su apartado b) la posibilidad de incorporar a la inscripción, como operación específica, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria. En el expediente del 199 LH las dudas pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 199 y 201 LH y Resoluciones de 22 de abril, 8 de junio y 10 de octubre de 2016, entre otras).

El registrador, en su nota de calificación se limita a señalar que la descripción registral no recoge ningún dato catastral, requiriendo al interesado la aportación de documentación que ayudara a la identificación de la finca, y sin señalar que existe falta de correspondencia entre finca registral y las parcelas catastrales que presumiblemente la integran. El procedimiento previsto en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria es aplicable incluso cuando la magnitud de la rectificación superficial excediera del diez por ciento de la superficie inscrita o se tratase de una alteración de linderos fijos, pues, por una parte, la redacción legal no introduce ninguna restricción cuantitativa ni cualitativa al respecto, y por otra, los importantes requisitos, trámites y garantías de que está dotado tal procedimiento justifican plenamente esta interpretación sobre su ámbito de aplicación.

Resolución de 15-7-2021  
*BOE* 29-7-2021  
Registro de la Propiedad de Estepona, número 2.

**HIPOTECA PARA GARANTIZAR LA FIANZA EXIGIDA EN EL PROCEDIMIENTO PENAL: FORMA DE CANCELACIÓN.**

Independientemente de la consideración de su naturaleza jurídica, lo cierto es que la hipoteca unilateral una vez inscrita ha de entenderse existente sin perjuicio de los efectos de una posible no aceptación en el procedimiento cancelatorio específico a que se refieren los artículos 141 de la Ley Hipote-



caria y 237 del Reglamento Hipotecario. Por ello la hipoteca tal y como está configurada e inscrita ha de entenderse que recoge ya todos los elementos requeridos para su constitución, sin perjuicio de los efectos que se deriven de la aceptación.

Como ha observado acertadamente la doctrina, la ley no señala un plazo para formalizar la aceptación, limitándose a fijar el de dos meses, desde el requerimiento, para que se pueda cancelar la hipoteca, pero sin fijar plazo alguno para realizar el requerimiento, ni tampoco un plazo máximo distinto para declarar la aceptación, cuando no se haya producido un previo requerimiento.

El artículo 237 del Reglamento Hipotecario, completa la regulación de esta cancelación de las hipotecas unilaterales en relación a dos extremos concretos: en primer lugar, y desde el punto de vista formal, aclaró que para la práctica de la cancelación será preciso el otorgamiento por el dueño de la finca de la correspondiente escritura pública de cancelación (no siendo suficiente su mera solicitud), y, en segundo lugar, añade en relación con el requerimiento del párrafo segundo del artículo 141 de la Ley Hipotecaria que el mismo «determinará expresamente que, transcurridos los dos meses sin hacer constar en el Registro la aceptación de la hipoteca, podrá cancelarla el dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó».

En el caso de la hipoteca *«apud acta»*, es decir, la constituida en garantía de las resultas de un procedimiento determinado, y otorgada por el hipotecante directamente mediante comparecencia en el juzgado, es claro que no nos encontraríamos ante una hipoteca unilateral ya que la misma se debe entender aceptada por el juez al dictar el auto de aprobación de suficiencia de la fianza (arts. 594 y 596 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y exteriorizada tal aprobación mediante la remisión del indicado mandamiento para su inscripción al Registro de la Propiedad. No obstante, en el presente expediente, se considera que por aplicación del principio de protección judicial de los asientos registrales del artículo 1 de la Ley Hipotecaria, inscrita la hipoteca como «unilateral pendiente de aceptación», y no constando mención ni asiento alguno que refleje el repetido auto de aprobación de su suficiencia, la hipoteca deberá ser tratada jurídicamente como de esa naturaleza unilateral.

En conclusión, debe considerarse que el papel que desempeña el juzgador en este tipo de hipotecas es trascendental, pues como dispone el artículo 9 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «los Jueces y Tribunales que tengan competencia para conocer de una causa determinada, la tendrán también para todas sus incidencias, para llevar a efecto las providencias de tramitación y para la ejecución de las sentencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 801», por lo que en el presente caso, aun cuando la hipoteca conste inscrita como unilateral, su cancelación no podrá verificarse en los términos previstos en los artículos 141 de la Ley Hipotecaria y 237 de su Reglamento, sino adaptándose a las previsiones contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que será el juez o tribunal quien deberá, en su caso, ordenar de manera expresa su cancelación.

## Registro Mercantil y Bienes Muebles

Por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución 17-5-2021.

BOE 4-6-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XI.

**COMPLEMENTO DE CONVOCATORIA DE JUNTA GENERAL: REQUISITOS.  
NOTIFICACIÓN FEHACIENTE: APRECIACIÓN POR EL REGISTRADOR.**

### SE CONFIRMA

Estamos ante un expediente generado por una nota de calificación negativa en la que el registrador resuelve no practicar la anotación preventiva, prevista en el artículo 104 RRM, de la solicitud «de la publicación de un complemento a la convocatoria con inclusión de uno o más puntos del orden del día» conforme al artículo 172 LSC, según el cual, los accionistas que representen, al menos, el cinco por ciento del capital social, podrán solicitar que se publique un complemento a la convocatoria de una junta general de accionistas incluyendo uno o más puntos en el orden del día. El ejercicio de este derecho deberá hacerse mediante notificación fehaciente que habrá de recibirse en el domicilio social dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. Teniéndose que publicar dicho complemento con quince días de antelación como mínimo a la fecha establecida para la reunión de la junta, la falta de publicación será causa de nulidad de la junta.

Según Resolución de 31 de enero de 2018 de la DGRN el «complemento de convocatoria» debe acomodarse a los requisitos legales y a las exigencias de funcionamiento del órgano de administración. Es cierto que, formulada en tiempo y forma la solicitud de complemento de convocatoria por el órgano de administración es un acto debido cuyo incumplimiento acarrea, en su caso, la responsabilidad de los administradores. Pero no es menos cierto que la publicación, sin dejar de ser un acto debido, no es automática, ya que el órgano de administración debe comprobar si queda acreditada la legitimación del socio, si se cumplen los requisitos legales de tiempo y forma de la solicitud y, en fin, del contenido mismo de la solicitud en lo que hace al orden del día complementado. Consecuencia de esta doctrina, no es correcta la argumentación del recurrente al indicar que el complemento de convocatoria es un acto debido y que el órgano de administración no tiene más que darle cumplimiento.

A tenor del artículo 172 LSC el socio, en su solicitud de complemento de convocatoria, debe cumplir con dos requisitos: en cuanto a la «forma», debe utilizar notificación fehaciente y en cuanto al «plazo» debe enviar la solicitud dentro de los cinco días siguientes a la publicación de la convocatoria. El registrador indica que estas premisas, en el caso que nos ocupa, no se cumplen ya que el burofax llegó transcurridos más de los cinco días desde la publicación y el correo electrónico no lo considera como «notificación fehaciente» por no intervenir una entidad prestadora de servicios de certificación.

La posibilidad de apreciar las pruebas por el registrador, y la distinción entre los conceptos autenticidad y fehaciencia, ha sido abordada por la Dirección

General en Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019, en materia de si la convocatoria de una junta general, que conforme a estatutos debe hacerse por correo certificado, puede sustituirse por la efectuada por un servicio de mensajería, en los siguientes términos: «Pero hay que resaltar, respecto del prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.»), que, como resulta del artículo 22.4 de la 43/2010, únicamente las notificaciones efectuadas por este gozan de «la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega (...), tanto las realizadas por medios físicos, como telemáticos». Por lo demás la misma ley, en su artículo 22.4, párrafo segundo, establece que «las notificaciones practicadas por los demás operadores postales surtirán efecto de acuerdo con las normas de derecho común y se practicarán de conformidad con lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»; referencia esta última que ha de ser actualizada a la vista de la posterior Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (...) En este ámbito administrativo, ciertamente diferente al notarial y registral pero que puede ser de utilidad a la hora de resolver el presente recurso, se ha entendido que del actual marco regulador de los servicios postales no se deduce que otros operadores distintos al operador postal universal no puedan llevar a cabo válidamente la notificación de actos administrativos, sino que estos no disfrutan del efecto reforzado que establece la norma en cuanto a la fehaciencia que la ley otorga a la notificación efectuada por el operador que presta el servicio postal universal, así como que la prueba de la notificación infructuosa o del rechazo de la misma resulta fortalecida cuando la hace el operador postal universal, pero no por ello la notificación resultaría inválida. Eso sí, cuando se trate de notificaciones llevadas a cabo por otros operadores distintos del operador postal universal, sus efectos se regirán por las normas de Derecho privado en lo referido a su valor probatorio (cfr. art. 39 del Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales, aprobado por el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre) (...) Para este caso, conforme a la doctrina de la Dirección General en Resoluciones de 2 de enero y 6 de noviembre de 2019, en materia de convocatoria de junta general que conforme a los estatutos debe hacerse por correo certificado, el correo certificado puede sustituirse por un servicio de mensajería siempre que sea a través del prestador del servicio postal universal («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A.»). Como resulta del artículo 22.4 de la 43/2010, únicamente las notificaciones efectuados por este gozan de la presunción de veracidad y fehaciencia en la distribución, entrega y recepción o rehúse o imposibilidad de entrega., tanto las realizadas por medios físicos como telemáticos. Así ocurre con las notificaciones de órganos administrativos y judiciales (y por ende también de las que hayan de surtir efecto en la esfera notarial y registral). Esta fehaciencia es cosa distinta de la autenticidad, la cual podrá ser admitida y valorada en el seno de un procedimiento judicial, pero que se torna en inequívoca exigencia en el ámbito en el que desenvuelven sus funciones tanto registradores como notarios (de ahí, por ejemplo, la remisión que realiza el artículo 202 del Reglamento Notarial al citado Decreto de 1999).

Por ello, en el presente expediente, teniendo en cuenta la dificultad de apreciación de la prueba por el registrador, y más teniendo en cuenta que la sociedad no ha sido parte de este expediente, los efectos que se producirían en caso de practicarse la anotación —ya que conllevaría la consideración por el registrador de la junta como nula (arts. 172 LSC y 104 RRM), al no haberse publicado

el complemento de la convocatoria, y la posibilidad de impugnar los acuerdos adoptados en esta junta general en vía judicial conforme al artículo 204 LSC—, determinan que se confirme la nota de calificación.

Resolución de 17-5-2021.

BOE 4-6-2021

Registro Mercantil de León.

**REDUCCIÓN DE CAPITAL POR PÉRDIDAS: BALANCE SIN AUDITAR. APOR-  
TACIÓN A FONDOS PROPIOS EN REDUCCIÓN DE CAPITAL POR PÉRDIDAS:  
NO ES GARANTÍA PARA LOS ACREEDORES.**

**SE CONFIRMA**

La cuestión que se plantea en el presente recurso es decidir si el balance que sirve de base a la operación de reducción de capital por pérdidas debe estar verificado por un auditor de cuentas (art. 323 LSC) o si puede sustituirse por una aportación directa a los fondos propios, mediante una compensación de créditos y una aportación en metálico que se integrarán en la cuenta 118, pero sin que se aumente la cifra del capital social.

Según doctrina de la Dirección General en la reducción de capital por pérdidas, la exclusión de medidas de oposición como medio de tutela de los intereses de los acreedores viene compensada por la rigurosa observancia de los requisitos legales relativos a la existencia de un balance aprobado en los seis meses anteriores a la adopción del acuerdo del que resulte que se den las circunstancias de hecho precisas que sirvan de base a la adopción del acuerdo social. Como medida complementaria de seguridad, en beneficio de los socios y de los terceros, exige nuestro ordenamiento que el balance haya sido objeto de verificación bien por el auditor de la sociedad si esta se encuentra en situación de verificar sus cuentas con carácter obligatorio bien por el auditor nombrado al efecto.

Igualmente la doctrina de la Dirección General señala que las medidas protectoras contempladas en el ordenamiento en cuanto a la verificación del balance que sirva de base a la operación solo tiene sentido en la medida en que los intereses de socios y acreedores se encuentren en situación de sufrir un perjuicio, pues en caso contrario decae la exigencia.

También es doctrina de la Dirección General que cabe la exclusión de verificación de cuentas cuando concurre el consentimiento unánime de todos los socios que conforman el capital social y los intereses de los acreedores sociales están salvaguardados por mantenerse o incluso fortalecerse la situación económica de la sociedad a consecuencia de un subsiguiente aumento de capital.

Respecto a la protección de los acreedores la Dirección General ha entendido que pueda acceder al registro la reducción de capital por pérdidas sin que el balance aprobado haya sido objeto de verificación si la situación resultante del conjunto de operaciones cuya inscripción se solicita sea neutra para los intereses de los acreedores —operación acordeón—.

En el caso que nos ocupa el balance que ha servido de base a la reducción de capital por pérdidas no ha sido verificado por ningún auditor de cuentas (art. 323 LSC), ni se ha acordado por la sociedad ninguna ampliación de capital social, sino que pretende justificar la operación diciendo que es neutra para los acreedores porque se aportan fondos propios a través de una compensación de

créditos y una aportación en metálico. Sin embargo, no puede ser admitida tal neutralidad porque el capital final resultante es inferior al inicial y las aportaciones realizadas tienen la consideración de una reserva disponible, que no cumple con la función de garantía que corresponde al capital social.

Resolución de 17-5-2021.

BOE 4-6-2021

Registro Mercantil de Barcelona, número IX.

CLÁUSULAS ESTATUTARIAS: DERECHO DE ADQUISICIÓN PREFERENTE EN CASO DE INICIO O APERTURA DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO O JUDICIAL DE EMBARGO DE LAS PARTICIPACIONES SOCIALES. VALORACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES DEL SOCIO EXCLUIDO. VALORACIÓN DE LAS PARTICIPACIONES EN TRANSMISIONES POR ACTO «*INTER VIVOS*», A TÍTULO ONEROSO O GRATUITO.

#### SE CONFIRMA

Mediante la escritura objeto de la calificación impugnada se elevaron a público los acuerdos adoptados por unanimidad en junta general de una sociedad de responsabilidad limitada en cuyos estatutos sociales se dispone que, notificado a la sociedad el inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales frente a cualquiera de los socios de la sociedad que tuviera como objeto la inmovilización de las mismas que pudiera desembocar en un procedimiento de ejecución forzosa, la sociedad, a través del órgano de administración podrá adquirir la totalidad de las participaciones embargadas, debiendo ejercitar el derecho en un plazo máximo de tres meses a contar desde la notificación a la sociedad del procedimiento de embargo; y si la sociedad no ejercita este derecho, todos los socios podrán adquirir las participaciones embargadas, en el plazo máximo de veinte días. Además, se dispone que, en todos los casos anteriores, «el precio de la transmisión se corresponderá con el valor razonable de las participaciones, entendiéndose como tal el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

También se dispone que será causa de exclusión de la sociedad —que deberá ser acordada por la junta general— el inicio de un procedimiento administrativo o judicial que acuerde el embargo de las participaciones de cualquier socio, ya sea de forma total o parcial, debiendo proceder la sociedad «a amortizar las participaciones sociales del socio afectado por la exclusión, cuya valoración a efectos de su contraprestación corresponderá con el valor razonable de las participaciones afectadas, entendiéndose por valor razonable el valor contable que resulte del último balance aprobado por la Junta».

Por otro lado, para las transmisiones voluntarias por acto «*inter vivos*» y para las transmisiones «*mortis causa*», así como para la exclusión de socios por causas diferentes al inicio de procedimiento de embargo, se establece un sistema de valoración de las participaciones (valor razonable determinado por auditor de cuentas) diferente al consistente en el valor contable.

Debe resaltarse que los artículos estatutarios en relación a la transmisión forzosa «*inter vivos*» de participaciones y la exclusión de socio por inicio de procedimiento de embargo son reproducción literal de los incorporados a la

escritura pública que fue objeto del recurso resuelto por la Dirección General en Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019, y 6 y 27 de febrero de 2020.

El registrador decide no practicar la inscripción basándose en las resoluciones anteriormente indicadas.

En relación con el derecho de adquisición preferente en caso de inicio o apertura de un procedimiento administrativo o judicial de embargo de las participaciones sociales, la Dirección General en las Resoluciones de 9 y 23 de mayo de 2019, afirmó que debe tenerse en cuenta el artículo 109 LSC en materia de régimen de transmisión de participaciones sociales en caso de procedimiento administrativo o judicial de embargo, al regular este la suspensión del remate y de la adjudicación de las participaciones sociales embargadas y el derecho de los socios y, en su defecto de la sociedad, a subrogarse en lugar del rematante o, en su caso, del acreedor, mediante la aceptación expresa de todas las condiciones de la subasta y la consignación íntegra del importe del remate o, en su caso, de la adjudicación al acreedor y todos los gastos causados. Pero esto no impide que, con base al principio de autonomía de la voluntad, pueda la junta general adoptar el acuerdo de excluir al socio afectado por el inicio de ese procedimiento de embargo de las participaciones, con la consiguiente amortización de las participaciones del socio afectado por la exclusión.

La peculiar naturaleza jurídica de la participación social en cuanto que no representa una realidad física económicamente autónoma, sino una completa posición social cuyo contenido y características vienen definidos por la norma estatutaria de la sociedad, de modo que siempre que dicha norma permanezca dentro de los cauces legales preestablecidos, a ella deberá estarse para resolver las incidencias que se planteen en su actuación y tráfico —y también a la hora de determinar lo que debe quedar en el ámbito propio del principio de responsabilidad universal por las deudas con todos los bienes y derechos del obligado al pago, atendiendo a los diferentes intereses en juego—. En este sentido, las Resoluciones DGRN de 6 de junio de 1990 y 13 de octubre de 1998 indican que si se estipula estatutariamente el derecho de la Sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las acciones o participaciones, tal previsión, en cuanto contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por la participación social, deberá tener las consiguientes repercusiones en el ámbito procedimental, de modo que su respeto quede garantizado en el caso de ejecución de acciones por deudas del socio.

En el presente caso, la previsión estatutaria establece el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones, contribuye a definir el contenido jurídico de la posición social representada por aquellas, y no resulta incompatible con las normas procedimentales, cuyo carácter subordinado no puede desconocerse. De este modo, en un caso como el presente, ejercitado el derecho de adquisición o excluido el socio cuyas participaciones están afectadas por el inicio de un procedimiento de embargo, el precio de la transmisión o la cuota de liquidación del socio excluido sustituye a las participaciones sociales cuyo embargo se pretendía iniciar.

En el caso que nos ocupa el registrador admite en su calificación que la previsión estatutaria que regula el derecho de la sociedad y de los socios a evitar el ingreso de nuevos miembros mediante el abono del valor de las participaciones no es incompatible con las normas de procedimiento, pero añade que, a su juicio, tal previsión no puede ser contraria o impeditiva del derecho del socio o

de los acreedores a obtener el verdadero valor de las participaciones; y que la adquisición por un valor inferior al real (como puede ser en ocasiones el valor contable) implica un enriquecimiento injusto en favor de quien haya ejercido el derecho de adquisición preferente o de la sociedad.

En cuanto a la «valoración de las participaciones del socio excluido», en relación con el régimen de transmisión voluntaria de participaciones sociales por acto *«inter vivos»*, a título oneroso o gratuito, y conforme a la Resolución DGRN de 15 de noviembre de 2016, donde se admitió la inscripción de la disposición estatutaria por la que se atribuía a los socios un derecho de adquisición preferente que habría de ejercitarse por el valor razonable de las participaciones de cuya transmisión se tratara, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado en la junta (o el precio comunicado a la sociedad por el socio comprador si fuera inferior a ese valor contable).

No obstante, generalmente el valor contable no será equivalente al valor razonable o de mercado de las participaciones sociales.

En definitiva, las normas relativas a la fijación del valor de las participaciones en caso de ejercicio del derecho de adquisición preferente para las transmisiones forzosas por acto *inter vivos* solo son aplicables en caso de que no exista otra previsión estatutaria que establezca alternativas al embargo — como es la exclusión del socio afectado—, con posibilidad de aplicar cláusulas de avalúo atendiendo al valor contable de las participaciones o sistemas de limitación de valor, siempre que no estén referidos tales sistemas solo a los casos de embargo, sino que sean aplicables con carácter general en los casos de liquidación de la participación. En tales casos, el socio afectado, quienes ejerciten el derecho de adquisición preferente y los acreedores están obligados a pasar por tal valor, de modo que estos dos últimos recibirán lo mismo que recibiría el socio, y ese es el valor real de las participaciones. Así, el valor de liquidación de la participación determinado de tal forma es el valor del que se beneficiaría el socio y con el que debieron contar los acreedores en el momento del embargo.

La Dirección General admite la inscripción de la disposición estatutaria sobre un derecho de adquisición preferente ejercitable por el valor razonable de las participaciones, que sería el valor contable resultante del último balance aprobado por la junta (y lo mismo puede admitirse respecto de la cuota de liquidación del socio separado o excluido), no puede confirmarse la concreta objeción que opone el registrador en cuanto rechaza que para determinar el valor razonable que haya de satisfacerse al socio en caso de ejercicio estatutario de adquisición previa de las participaciones o en el supuesto de exclusión de dicho socio, sea con carácter general coincidente con el valor contable.

No obstante, y toda vez que también fundamenta su calificación en el posible perjuicio a los acreedores, deben considerarse no inscribibles las cláusulas debatidas porque el criterio del valor contable no se aplica para las transmisiones voluntarias por acto *inter vivos* y para las transmisiones *mortis causa*, así como para la exclusión de socios por causas diferentes al inicio de procedimiento de embargo (casos para los que se establece el criterio de valor razonable determinado por auditor de cuentas).



Resolución de 24-5-2021.

BOE 10-6-2021

Registro Mercantil de Vizcaya, número I.

**SECRETARIO DEL CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN: CESE Y NOMBRAMIENTO.**

**SE REVOCA**

Estamos ante un expediente donde el motivo de fondo que conduce a la calificación denegatoria consiste en que, a juicio del registrador, el cese del secretario ha sido acordado por un órgano que carece de competencias para ello. Funda esta conclusión en que los estatutos de la sociedad solamente atribuyen al Consejo de Administración la facultad de nombrar secretario en el caso de que no haya procedido a ello la Junta General. En el caso, fue la Junta General quien designó al secretario, de modo que, según el registrador, el Consejo de Administración carecería de facultades para cesarle.

El artículo 29.2 de los estatutos sociales tiene el siguiente contenido: «El Consejo de Administración designará, en caso de no haberlo realizado la Junta General, un Secretario y, potestativamente, un Vicesecretario, pudiendo recaer el nombramiento en quienes no sean administradores, en cuyo caso actuarán con voz pero sin voto. El Vicesecretario sustituirá al Secretario en los casos de ausencia, indisposición, incapacidad o vacante».

La recurrente alega que los estatutos no exigen que el cese del secretario deba ser acordado por la junta general, por lo que la revocación del cargo corresponde al órgano de administración, según el artículo 146.1 del RRM, de modo que una vez que el cargo está vacante puede el consejo de administración nombrar un nuevo secretario no consejero.

La figura de Secretario del Consejo de Administración no ha sido especialmente regulada en nuestro ordenamiento jurídico. Ante esta situación normativa son los estatutos y, a falta de previsión de estos, el propio Consejo de Administración los llamados a regular el discernimiento del cargo de Secretario y las funciones que le corresponden. Consecuencia de esta libertad de autoorganización que se le atribuye al consejo de administración, debe reconocerse a este órgano la facultad revocatoria respecto del cargo de secretario no consejero y, en caso de haberla ejercitado, debe también reconocérsele competencia para designar una persona que desempeñe tal cargo.

En el caso que nos ocupa, la disposición estatutaria debatida, según su propio contenido literal, no impide que el consejo de administración remueva del cargo a quien haya sido designado secretario no consejero ni, en cualquier caso en que dicho cargo se halle vacante, designar a otra persona para que lo desempeñe.

Resolución de 25-5-2021.

BOE 10-6-21

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

**OBJETO SOCIAL: ASESORAMIENTO FINANCIERO. RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR: RETRIBUCIÓN POR CARGO DE ADMINISTRADOR Y OTRAS RETRIBUCIONES LABORALES.**

**SE CONFIRMA PARCIALMENTE**

En el presente recurso se plantean diversas cuestiones derivadas de la calificación llevada a cabo por el registrador sobre una escritura de constitución de una sociedad limitada. El primero de los aspectos a debatir corresponde a determinar si es o no inscribible la cláusula de los estatutos por la que se incluye en el objeto social como actividad la de «asesoramiento financiero».

Según doctrina de la Dirección General, es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento que la constitución de la sociedad se han de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social; la delimitación por el género comprende todas sus especies, por lo que se requiere previsión específica para que alguna de ellas pueda quedar excluida y no a la inversa. Es decir, puede ocurrir, y así ocurre en el caso que nos ocupa, que la actividad social cuestionada, lícita y posible en términos generales, colisione con las limitaciones legales que se imponen para su ejercicio en relación con determinadas ramas.

Dicho lo anterior, en lo que respecta a las actividades de servicios de inversión, la normativa es muy cautelosa por la especialidad de la materia y las consecuencias que de dicha actividad se pueden generar.

El artículo 138.1 Ley del Mercado de Valores dispone: «Las empresas de servicios de inversión son aquellas empresas cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros sobre los instrumentos financieros señalados en el artículo 2».

Es decir, conforme al concepto legal resulta que las empresas de servicios de inversión se conceptúan tanto en relación con las actividades que llevan a cabo como por el objeto sobre el que recae su actividad, así como por el carácter profesional de su ejercicio —en el sentido de habitual y cualificado—, y por sus destinatarios. Las sociedades que comprendan en su objeto alguna de las actividades de servicio de inversión han de acomodar su contenido a los requisitos especiales previsto en la Ley del Mercado de Valores.

A tenor de la doctrina de la Dirección General expuesta anteriormente, la concurrencia de una causa de exclusión de las previstas en el artículo 139 de la Ley del Mercado de Valores debe expresarse en los estatutos sociales de forma expresa y determinada siempre que concurren aquellas circunstancias que el propio precepto exige para evitar la aplicación de la previsión general de sujeción a la Ley.

Para que una actividad social de asesoramiento en materia de inversión quede excluida de la aplicación de la ley será preciso que la previsión estatutaria lo refleje de modo expreso pues de lo contrario se aplicaría la regla general de reserva de actividad y de denominación con las graves consecuencias previstas en el artículo 144.5 de la Ley del Mercado de Valores: «El Registro Mercantil

y los demás Registros públicos no inscribirán a aquellas entidades cuyo objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en esta ley. Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes Registros».

Lo mismo para los supuestos en los que la actividad de asesoramiento sea auxiliar. En el presente caso, se debe confirmar la calificación del registrador porque la actividad de asesoramiento financiero equivale a la asesoría en materia de inversión como resulta de la Ley del Mercado de Valores que define a las empresas de asesoramiento financiero en función de su actividad de asesoramiento en materia de inversión.

El segundo defecto que el registrador indica en su calificación recae sobre el artículo de los estatutos sociales relativo a la retribución del administrador, en el que se indica que «el cargo de administrador es retribuido y consiste, no en una participación en los beneficios, sino en una cantidad fija que cada año establecerá la Junta General. El desempeño del cargo de administrador es compatible con el desempeño de otras tareas laborales para la entidad. En el caso de que las mencionadas tareas sean las labores de gerencia y dirección de la entidad, la remuneración por estas labores consistirá en una cantidad fija que cada año determinará la Junta General». Según el registrador, deben condicionarse las retribuciones que el administrador perciba por relaciones laborales a que el administrador desarrolle como consecuencia de las mismas una actividad distinta a la que le corresponde como órgano de administración y excluyendo las relaciones laborales de alta dirección.

El artículo 217 LSC dispone que si es retribuido el cargo de los administradores deberá constar en los estatutos sociales el sistema de retribución.

En el presente caso, la cláusula estatutaria debatida se refiere a los administradores que integren un órgano de administración simple, no contempla la posibilidad de que el órgano de administración sea colegiado.

El Tribunal Supremo ya indicó que solo en los casos de relaciones de trabajo, en régimen de dependencia, no en alta dirección, cabría admitir el desempeño simultáneo de cargos de administración de la Sociedad y de una relación de carácter laboral.

La Dirección General en su Resolución de 10 de mayo de 2016 indica que se deben diferenciar la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y la retribución de funciones distintas a ese cargo. Incluso señala dicha resolución que se admite una cláusula estatutaria que, a la vez que establezca el carácter gratuito del cargo de administrador, añada que se le retribuirá por la prestación de otros servicios o por su vinculación laboral para el desarrollo de otras actividades ajenas al ejercicio de las facultades de gestión y representación inherentes a aquel cargo.

En el presente caso donde el cargo de administrador es retribuido, debe prosperar el recurso porque debemos entender que se cumple la exigencia de hacer constar en los estatutos el sistema de retribución de los administradores por el ejercicio de las funciones inherentes al cargo, de modo que únicamente existe falta de fijación estatutaria del sistema retributivo para esas otras tareas laborales distintas al cargo de administrador. Por ello se entiende que se ha indicado el sistema de remuneración por las tareas que sean labores de gerencia y dirección de la entidad, que es la prevista en general para el cargo de administrador, es decir, una cantidad fija que cada año determinará la junta general.

Resolución de 31-5-2021.

BOE 10-6-21

Registro Mercantil de Valencia, número II

ARTÍCULO 649 REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL POR CÁMARA DE COMERCIO.

SE REVOCA

Una sociedad mercantil solicita de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Valencia la designación de mediador concursal la cual, apreciando su propia competencia, acepta la solicitud, desarrolla el procedimiento y designa a una persona como mediador concursal. Con posterioridad, la Cámara de Comercio antes referenciada emite certificación que presenta en el Registro Mercantil a fin de que se practique la anotación preventiva a que se refiere el artículo 649 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, provocando la calificación negativa objeto de recurso por entender la registradora que correspondía al Registro Mercantil la tramitación del procedimiento.

La Dirección General ha señalado la importancia de deslindar adecuadamente la actuación del registrador mercantil cuando lo que se le solicita no es la práctica de un asiento en los libros a su cargo, sino el desarrollo del procedimiento de designación de mediador concursal: «La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley Concursal llevó a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de nombramiento de mediador concursal debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina “De otras funciones del Registro Mercantil”».

Como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, así como otras actividades que se llevan a cabo en el Registro Mercantil, la designación de mediador concursal no es una función de calificación.

En este caso, dado que la actuación solicitada por parte de la registradora mercantil era la práctica de una anotación preventiva en la hoja abierta a determinada sociedad mercantil, la Dirección General entiende que la resolución emitida por la registradora es la propia de una actuación de calificación por lo que el régimen de recursos es el establecido en los citados artículos de la Ley Hipotecaria a los que se remite la legislación mercantil (disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en la sección 5.<sup>a</sup> del capítulo IX bis del título V para los recursos contra la calificación del registrador de la propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del registrador mercantil y del de bienes muebles»).

Dicho lo anterior, deberemos determinar en el caso que nos ocupa si es competente la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación para conocer del procedimiento de designación de mediador concursal dado que el solicitante es una sociedad mercantil, concretamente una sociedad limitada. La respuesta,

sin lugar a dudas, debe ser afirmativa al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

A diferencia del texto legislativo anterior, el texto actual sistematiza el régimen de competencia distinguiendo cuando la solicitud proviene de persona natural no empresario o jurídica no inscribible, atribuyéndola al notario del domicilio del deudor; y por otro lado, cuando la solicitud proviene de persona natural empresario o persona jurídica inscribible corresponde al registrador mercantil de ese mismo domicilio.

Por lo que se refiere a las cámaras oficiales, la norma no es muy precisa al referirse a las personas jurídicas junto a las personas naturales que fueran empresarios. No obstante, la interpretación de que las personas jurídicas a las que se refiere dicha norma son las inscribibles en el registro mercantil es la más lógica.

En todo caso, en el supuesto que nos ocupa la solicitud ha sido llevada a cabo por una persona jurídica, concretamente una sociedad de responsabilidad limitada, por lo que la calificación debe decaer con estimación del recurso planteado.

Resolución de 1-6-2021.

*BOE* 16-6-2021

Registro Mercantil de Valencia, número IV.

**ARTÍCULO 649 REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2020, DE 5 DE MAYO: ANOTACIÓN PREVENTIVA DE NOMBRAMIENTO DE MEDIADOR CONCURSAL POR CÁMARA DE COMERCIO.**

**SE REVOCA**

Una sociedad mercantil solicita de la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación de Valencia la designación de mediador concursal la cual, apreciando su propia competencia, acepta la solicitud, desarrolla el procedimiento y designa a una persona como mediador concursal. Con posterioridad, la Cámara de Comercio antes referenciada emite certificación que presenta en el Registro Mercantil a fin de que se practique la anotación preventiva a que se refiere el artículo 649 del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, provocando la calificación negativa objeto de recurso por entender la registradora que correspondía al Registro Mercantil la tramitación del procedimiento.

La Dirección General ha señalado la importancia de deslindar adecuadamente la actuación del registrador mercantil cuando lo que se le solicita no es la práctica de un asiento en los libros a su cargo, sino el desarrollo del procedimiento de designación de mediador concursal: «La atribución competencial a los registradores mercantiles llevada a cabo por la reforma que de la Ley Concursal llevó a cabo la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, no debe confundirse con la de calificación que le atribuye el artículo 18 del Código de Comercio, que constituye el núcleo de su función y que se rige por las reglas generales contenidas en el propio Código y en sus normas de desarrollo. La competencia de tramitar el expediente de nombramiento de mediador concursal debe encuadrarse entre aquellas a las que se refiere el artículo 16.2 del Código de Comercio y que vienen desarrolladas en el título tercero del Reglamento del Registro Mercantil que expresivamente se denomina “De otras funciones del Registro Mercantil”».

Como ocurre con la competencia de nombramiento de expertos independientes y auditores, así como otras actividades que se llevan a cabo en el Registro Mercantil, la designación de mediador concursal no es una función de calificación.

En este caso, dado que la actuación solicitada por parte de la registradora mercantil era la práctica de una anotación preventiva en la hoja abierta a determinada sociedad mercantil, la Dirección General entiende que la resolución emitida por la registradora es la propia de una actuación de calificación por lo que el régimen de recursos es el establecido en los citados artículos de la Ley Hipotecaria a los que se remite la legislación mercantil (disposición adicional vigesimocuarta de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que establece: «La regulación prevista en el sección 5.<sup>a</sup> del capítulo IX bis del título V para los recursos contra la calificación del registrador de la propiedad es también aplicable a los recursos contra la calificación del registrador mercantil y del de bienes muebles»).

Dicho lo anterior, deberemos determinar en el caso que nos ocupa si es competente la Cámara de Comercio, Industria, Servicios y Navegación para conocer del procedimiento de designación de mediador concursal dado que el solicitante es una sociedad mercantil, concretamente una sociedad limitada. La respuesta, sin lugar a dudas, debe ser afirmativa al amparo del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, que aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

A diferencia del texto legislativo anterior, el texto actual sistematiza el régimen de competencia distinguiendo cuando la solicitud proviene de persona natural no empresario o jurídica no inscribible, atribuyéndola al notario del domicilio del deudor; y por otro lado, cuando la solicitud proviene de persona natural empresario o persona jurídica inscribible corresponde al registrador mercantil de ese mismo domicilio.

Por lo que se refiere a las cámaras oficiales, la norma no es muy precisa al referirse a las personas jurídicas junto a las personas naturales que fueran empresarios. No obstante, la interpretación de que las personas jurídicas a las que se refiere dicha norma son las inscribibles en el Registro Mercantil es la más lógica.

En todo caso, en el supuesto que nos ocupa la solicitud ha sido llevada a cabo por una persona jurídica, concretamente una sociedad de responsabilidad limitada, por lo que la calificación debe decaer con estimación del recurso planteado.

Resolución de 8-6-2021.

BOE 29-6-2021

Registro Mercantil de Santa Cruz de Tenerife, número I.

**RECTIFICACIÓN DE INSCRIPCIÓN DE ESCISIÓN PARCIAL CON AUMENTO DE CAPITAL SUJETA A CONDICIÓN SUSPENSIVA. SE DEBE ACREDITAR EL CUMPLIMIENTO DE LA CONDICIÓN SUSPENSIVA PARA INSCRIBIR LA ESCISIÓN.**

**SE CONFIRMA**

Estamos ante un expediente en el que se pretende inscribir la rectificación de una escisión, con aumento de capital en la beneficiaria, en base a una nueva certificación de los acuerdos que ya constan inscritos, por haber un error que no consta en el acuerdo de ambas juntas generales de sujetar la operación a una «condición suspensiva consistente en la obtención de resolución favorable

de consulta vinculante formulada al efecto o pericial emitida por profesional de reconocido prestigio en el mismo sentido».

En resumen, se pretende rectificar el Registro para sujetar a condición suspensiva una escisión ya inscrita. La cuestión que se plantea es si se puede inscribir una escisión sujeta a condición suspensiva, cuyos efectos no se producirán, aun cuando lo sea con carácter retroactivo, hasta que la condición se cumpla.

Los plenos efectos de la escisión solo se alcanzan al culminar el procedimiento previsto por el legislador mediante la escrituración del acuerdo y su inscripción en el Registro Mercantil, conforme al artículo 46 de la Ley sobre modificaciones estructurales, momento en que el negocio despliega su eficacia en el ordenamiento y es plenamente oponible frente a cualquiera.

Por lo tanto, si el acuerdo de escisión se sujeta a condición suspensiva, no podrá inscribirse sin que se acredite su cumplimiento. Lo mismo ocurre en el supuesto de ampliación de capital.

En el caso que nos ocupa, para poder rectificar el contenido del Registro, al no ser inscribible la escisión sujeta a condición suspensiva, las dos sociedades afectadas deberían consentir la cancelación de los asientos practicados, debiendo tomar las medidas oportunas para proteger los intereses de los acreedores, en cuanto se dejaría sin efecto el aumento de capital practicado en la beneficiaria.

Resolución de 9-6-2021.

BOE 29-6-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXI.

**LA IDENTIDAD DEL FIRMANTE DE UN DOCUMENTO PRIVADO DEBE ACREDITARSE MEDIANTE FIRMA ELECTRÓNICA RECONOCIDA O MEDIANTE LEGITIMACIÓN NOTARIAL DE LA FIRMA (ART. 111 RRM). OPOSICIÓN ARTÍCULO 111 RRM: SOLO CABE POR FALSEDAD O FALTA DE AUTENTICIDAD.**

**SE CONFIRMA**

El presente recurso está basado en la calificación efectuada a un escrito por el que el administrador cesado se opone a la inscripción, a los efectos de lo establecido en el artículo 111 RRM, alegando que dicha junta general había sido desconvocada y es nula.

El registrador se niega a la práctica de operación registral por dos motivos. El primero, por ser necesario que la firma que figura al pie sea electrónica reconocida o esté legitimada notarialmente. El segundo, porque el documento presentado no contiene acto inscribible alguno, y, en cuanto a la oposición a la inscripción que se solicita, no se acredita de manera fehaciente o evidente la falsedad o falta de autenticidad de la junta celebrada, conforme a la exigencia del artículo 111 RRM, al constar la misma documentada en acta notarial, sin perjuicio de la calificación registral de la misma y de la posibilidad de su impugnación judicial.

En cuanto al primer defecto, el documento presentado por el administrador cesado no es un documento electrónico, sino un documento privado en soporte papel que contiene en el pie determinados números, datos y nombres cuya realidad e identidad no resulta acreditada conforme a lo establecido en los artículos 110 y siguientes de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, 7 de la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, y 10 y 11 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, por lo que a



los efectos de lo establecido en el artículo 111 RRM, la identidad del firmante debe acreditarse, en este caso, mediante legitimación notarial de la firma.

Por lo que respecta al segundo defecto, establece la norma que la certificación del acuerdo por el que se nombre al titular de un cargo con facultad certificante, cuando haya sido expedida por el propio nombrado, solo tendrá efecto si se acompaña de notificación fehaciente del nombramiento al anterior titular, no pudiendo practicar la inscripción hasta que transcurran quince días desde la fecha del asiento de presentación; en este plazo el titular anterior podrá oponerse a la práctica del asiento si justifica haber interpuesto querrela por falsedad en la certificación o si acredita de otro modo la falta de autenticidad.

En el presente caso, la escritura presentada en el Registro se refiere a unos acuerdos que constan en el acta notarial de la junta y por ello, a los efectos de lo establecido en el artículo 111 RRM, no puede prosperar la oposición formulada por el administrador cesado con base en determinadas alegaciones y correos o comunicaciones privadas que no pueden enervar los efectos del acta notarial de la junta.

Resolución de 14-06-2021.

BOE 7-7-2021

Registro Mercantil de Madrid, número VIII.

**OBJETO SOCIAL EN LA SOCIEDAD CIVIL PROFESIONAL: REQUISITOS. SOCIEDAD PROFESIONAL MULTIDISCIPLINAR: OBJETO SOCIAL. ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LA SOCIEDAD.**

**SE CONFIRMA PARCIALMENTE**

Estamos ante un expediente en el que se pretende inscribir una escritura de constitución de una sociedad civil profesional que ha sido calificada por el registrador con tres defectos, de los cuales el tercero ha sido objeto de rectificación por aquel a la vista del recurso interpuesto.

Por lo que se refiere al primero de los defectos invocados por el registrador, el artículo 2 de los estatutos sociales dispone que la sociedad tiene por objeto el ejercicio de las actividades profesionales de la abogacía, la mediación y el cumplimiento normativo «compliance». Según el registrador dicho precepto no se adecuaba a la Ley 2/2007, y el recurrente alega que estas actividades son profesionales.

En la Ley 2/2007 las actividades que pueden constituir el objeto de las sociedades profesionales se acotan mediante el presupuesto de que su desempeño sea imprescindible la titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente colegio profesional. Estas reglas deben ser aplicadas cuando el objeto social esté integrado por varias actividades profesionales, como ocurre en el caso que nos ocupa. Consecuencia de lo anterior, se confirma la calificación del registrador debido a que no puede deducirse que sea posible constituir una sociedad profesional multidisciplinaria con la circunstancia de que respecto de alguna de las actividades profesionales constituidas del objeto social no sea imprescindible la titulación universitaria oficial e inscripción en el correspondiente colegio profesional, como ocurre en el supuesto de mediación y en la actividad de «compliance» donde en ninguna de ellas es necesario poseer un título universitario oficial como requisito imprescindible y no hay colegio profesional donde colegiarse.

Por lo que respecta al segundo defecto de la calificación, en el caso de órgano de administrador integrados por administradores mancomunados o un consejo de administración el poder de representación no puede corresponder a cada uno de los administradores como dispone el artículo 14 de los estatutos (arts. 1692, 1693 y 1694 CC). Este defecto debe ser confirmado, toda vez que la atribución del poder de representación de la sociedad «a cada uno de los administradores», según el artículo 14 de los estatutos, es contradictoria con la posibilidad de que, como permite el precepto estatutario, el órgano de administración esté constituido por dos administradores mancomunados o por un consejo de administración integrados por tres administradores.

Por el contrario, la objeción del registrador en cuanto a que habrán de ser socios profesionales como mínimo la mitad más uno de los socios del órgano de administración, debe revocarse debido a que el artículo 14 de los estatutos y objeto del debate dice expresamente que «el órgano de administración estará integrado por todos los socios profesionales que se elijan al efecto por la Asamblea», estableciendo que deben ser socios profesionales no solo la mitad más uno de los miembros del órgano de administración sino todos los integrantes de este.

Resolución de 21-6-2021.

BOE 8-7-2021

Registro Mercantil Central, número 3.

REGISTRO MERCANTIL CENTRAL. DENOMINACIONES SOCIALES. SEMEJANZA DE DENOMINACIONES.

SE CONFIRMA

Solicitada del Registro Mercantil Central por la ahora recurrente certificación negativa respecto de la denominación «Six Informatics, Sociedad Limitada», recibió certificación positiva por considerar el registrador que existe identidad entre la misma y las denominaciones ya existentes «Sis Informática, S.A.», «Sik Informática, S.A.» y «Seis Informática, Sociedad Limitada» por tener, a su juicio, la misma expresión o notoria semejanza fonética (art. 408.1. 3.ª del Reglamento del Registro Mercantil).

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 las leyes consagran 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 art. 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 «Six Informatics» y los de otras denominaciones preexistentes, «Sis Informática» y «Sik Informática», tienen como resultado que la denominación solicitada incurra en el supuesto de identidad contemplado en el artículo 408.1.3<sup>a</sup> RRM. Además, los términos «informatics» e informática» tienen idéntico significado en inglés y en español.

Asimismo, como afirma el registrador, en relación con los términos «Six Informatics, S.L.» y «Seis Informática, S.L.», debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Orden de 30 de diciembre de 1991 del Ministerio de Justicia sobre el Registro Mercantil Centro, según la cual «cuando la denominación solicitada sea la traducción de otra que ya conste en el Registro, solo se considerará que existe identidad cuando, a juicio del registrador, se dé notoria semejanza fonética entre ambas o socialmente se consideran iguales».



ESTUDIOS  
JURISPRUDENCIALES



## 1. DERECHO CIVIL

### 1.1. Parte general

*La inteligencia artificial aplicada a la robótica en los juguetes. El colectivo vulnerable de los menores. Responsabilidad de los padres\**

*Artificial intelligence applied to robotics in toys. The vulnerable group of minors. Parental responsibility*

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE\*\*  
*Profesora titular de Derecho civil. UCM*

*RESUMEN:* Los nuevos sistemas con inteligencia artificial se han introducido en nuestra vida diaria, afectando incluso a los menores, al llegar a los juguetes. Mecanismos creadores de riesgos y consecuentemente productores de daños tanto a los menores como a terceros. Juguetes muy diversos creadores de diferentes tipos de daños según su tecnología.

*ABSTRACT:* New systems with artificial intelligence have been introduced into our daily lives, affecting even minors, when they reach toys. Mechanisms that create risks and consequently produce damages both to minors and to third parties. Very diverse toys that create different types of damage according to their technology.

---

\* 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, del que soy Codirectora.

\*\* Número de investigador. Código ORCID: 0000-0002-2814-6701. Trabajo entregado en agosto de 2021.



**PALABRAS CLAVE:** Inteligencia artificial. Robótica. Menores. Responsabilidad. Protección derechos fundamentales.

**KEY WORDS:** *Artificial intelligence. Robotics. Minors. Responsibility. Protection of fundamental rights.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. TIPOLOGÍA Y DIVERSIDAD DE JUGUETES CON IA.—III. CUESTIONES ÉTICO MORALES DE LOS JUGUETES CON IA.—IV. EL DERECHO DEL MENOR AL ACCESO A LOS JUGUETES CON IA: LA VULNERABILIDAD DEL MENOR.—V. LOS DATOS PERSONALES CAPTADOS A TRAVÉS DE LOS JUGUETES CON IA.—VI. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS U OMISIONES DE LA IA.—VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES.—VIII. ¿INOCUIDAD DEL JUEGO? CUANDO EL JUGUETE LLEGA AL COLEGIO.—IX. OTRAS CUESTIONES.—X. CONCLUSIONES.—XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—XII. LEGISLACIÓN CITADA.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.—XIV. WEBGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

Nuestro estudio de hoy se centra en una realidad popular de mucha actualidad conectada al ámbito de los menores y es el uso y la utilización de la inteligencia artificial y su incorporación a los juguetes utilizados por menores, con una gran dimensión educativa, analizándola desde la *responsabilidad de los padres*. Siempre que hay «riesgo» vinculado al uso de tales dispositivos hay responsabilidad que asumir, lo cual no nos puede impedir señalar que en una sociedad digital como en la que vamos avanzando, los menores no pueden quedarse retrasados en el uso de las tecnologías en todos los ámbitos, ni por supuesto en su aplicación en el del juego.

Por un lado, no podemos desdeñar los beneficios que conllevan la experiencia enriquecedora del juego en esta esfera, pero hay que tener en cuenta también, por otro lado, la necesaria implicación que la utilización de dichos juguetes y mecanismos conllevan para los padres y su responsabilidad.

Siempre se ha pensado en los beneficios que los mismos pueden tener para los menores, que además no lo olvidemos son nativos digitales<sup>1</sup>, frente a los padres que pueden tener mayores o menores conocimientos tecnológicos (o, que incluso pueden formar parte de un «colectivo vulnerable» en este ámbito). Pensemos en la posibilidad de que alguno de estos juguetes, pueden *rastrear la ubicación* del menor, o pueden estar *conectados a redes sociales*<sup>2</sup>, o pueden *compartir datos o fotos* (independientemente de los costes que pueden generar). Tampoco olvidemos el posible *comportamiento adictivo* que pueden crear<sup>3</sup>, en tales casos, los padres deberán configurar los juguetes o dispositivos electrónicos, adecuadamente e imponer límites de uso, antes de entregarlos a los niños. También debemos poner de relieve el desarrollo exponencial en el ámbito virtual de los menores, tras la pandemia, donde los propios profesores se han visto obligados a involucrar a los alumnos de otra manera menos tradicional en los temas de estudio a través de herramientas desconocidas para los padres aunque en este punto los profesores deben contar con los padres para aminorar la presión en la utilización de estas herramientas debido muchas veces a la negativa de los padres, quienes pueden hacerles sentir excluidos.

Los padres deben conocer el *grado de responsabilidad que cada menor es capaz de asumir* y que, incluso, será diferente en cada hermano, con los problemas que puede traer consigo, y, todo ello, frente a la presión que cada sociedad impone a que los menores comiencen a ser *consumidores* antes de que incluso puedan estar preparados para su utilización<sup>4</sup>, más aún «en los países desarrollados».

La edad de 12 años, que nuestro ordenamiento reconoce como el nivel madurativo para «oír y escuchar al menor», no nos vale para hablar de juguetes con inteligencia artificial, o simplemente de dispositivos electrónicos con IA o juguetes robóticos, pues los menores tienen una edad inferior a los 12 años. De ahí la necesidad de que en el mismo momento de la entrega del mecanismo se les concrete los problemas que puede traer consigo el avance digital pues la IA es capaz de automatizar comportamientos inteligentes, tales como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, percibir, observar e incluso crear y soñar<sup>5</sup>. Además es capaz de realizar las mismas tareas intelectuales que un ser humano<sup>6</sup>.

El principal problema puede ser la *indefensión en el entorno digital*. Es sabido que el acceso a internet y la utilización de las nuevas tecnologías por los menores de edad requiere límites y control, de acceso, contenidos, etc. También es sabida la responsabilidad de los padres o guardadores, y la responsabilidad de los proveedores de servicios para el control de los contenidos. Y en conexión con ello que los problemas se centran en determinar el límite mínimo de la edad de acceso y dificultad de su control; la protección de la privacidad y de los datos personales —huellas dactilares, datos, fotos, vídeos—, y actuación mediante representantes legales; la geolocalización—; el control de contenidos en publicidad, películas y mensajes; y la interrelación entre sujetos y aparición de nuevos delitos<sup>7</sup>.

El Estado es consciente de los problemas que pueden generarse, por eso INCIBE (Instituto Nacional de Ciberseguridad), en el *día de internet segura* de 2021, CARME ARTIGAS, actual secretaria de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial, señaló que las consultas más habituales reflejan las principales preocupaciones en este ámbito, siendo un 69% consultas de familiares y menores, de las que el 31% son en relación a la privacidad, el 19% relativas a la protección de dispositivos, el 10% sobre contenidos, el 8% en relación al ciberacoso escolar y finalmente, un 7% sobre un uso excesivo de Internet<sup>8</sup>.

Naciones Unidas exige un uso transparente y responsable de los *datos* de los niños. El Manifiesto de UNICEF recoge diez acciones que la comunidad internacional debe tener en cuenta<sup>9</sup>. No olvidemos que los datos de los niños y niñas se capturan y utilizan de muchas formas desde el momento mismo que se encuentran en el útero, «cuando algunos padres disponen y comparten imágenes de ultrasonido», hasta su edad adulta. En la infancia se digitalizan fotos y se difunden en redes sociales, juguetes electrónicos que integran sensores que generan datos sobre la vida de los niños, los cuales facilitan información personal. Tanto las empresas que gestionan esas apps como terceros pueden «tener una visión exclusiva de sus vidas y hábitos» accediendo a esos datos privados. Aunque también tiene otros usos, tal vez menos desarrollados, y que pueden utilizarse en su beneficio, por ejemplo, *para identificar sus potenciales habilidades o sus vulnerabilidades*<sup>10</sup>.

ORTEGA, señala como tras la pandemia, la Comisión Europea presentó a finales de 2020 dos iniciativas de gran calado: las propuestas de Reglamento de Servicios Digitales, esencialmente para responsabilizar a las plataformas sobre contenidos (con la amenaza de cuantiosas multas), y el Reglamento de Mercados Digitales para limitar las actividades de algunas de estas empresas, sobre todo

contra los «guardianes», los *gatekeepers*, pues otras compañías han de usar sus servicios para sus propios negocios, y son capaces de dictar cómo han de funcionar los mercados<sup>11</sup>.

El pasado 21 de abril fue publicada la versión definitiva de la propuesta de *Reglamento (UE) de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de Inteligencia Artificial (IA)*. Dicha propuesta regula los sistemas de IA de alto riesgo y contiene, además, reglas de transparencia armonizadas para aquellos sistemas dirigidos a interactuar con personas físicas para generar o manipular imágenes, sonidos o contenidos de vídeo. No obstante, aún debe someterse al Consejo de Ministros y al Parlamento Europeo, y pueden cambiar muchas cosas en el largo y complejo procedimiento legislativo. Se calcula que en el mejor de los casos no se cerrará la nueva reglamentación hasta 2023<sup>12</sup>.

BARRIO apunta a que «los robots y los sistemas de inteligencia artificial son uno de los grandes inventos verdaderamente disruptivos del entorno digital y constituyen, sin duda, un vector de cambio vertiginoso de nuestras sociedades que apenas hemos comenzado a vislumbrar... el derecho ofrece herramientas para dar respuesta a este fenómeno disruptivo, si bien queda naturalmente mucho por hacer en un campo todavía incipiente en parte». Conformando una rama jurídica nueva, el derecho de los robots, que deberá respetar «los principios estructurales de dignidad, libertad e igualdad en el marco del mantenimiento de la democraticidad total de los sistemas robóticos y de inteligencia artificial»<sup>13</sup>.

Como vamos a ver, el Código civil y, sobre todo, la doctrina jurisprudencial intenta dar una respuesta transitoria a este nuevo fenómeno mientras se adapta el ordenamiento a esta realidad del siglo XXI, solventando los problemas surgidos.

## II. TIPOLOGÍA Y DIVERSIDAD DE JUGUETES CON IA

Los juguetes con IA son muy diversos, y están dirigidos a diferentes edades. Por un lado, el mercado ofrece los llamados *juguets conectados* (Vector —de Anki— son robot que responden a preguntas, toman fotos, puede navegar de forma independiente, reconoce a las personas y evita obstáculos, también es una plataforma de actualización, conectada a la nube a través de wifi para que siempre aprenda y se actualice, tiene un dispositivo compatible con Ios o Android. Cozmo es una mascota robótica con expresiones faciales, responde a estímulos, te sigue los ojos con la cara, puede aprender tu nombre, te busca para interactuar contigo, además integra un montón de juegos. La Esfero robótica es una bola que puede moverse por la habitación con giroscopios y motores. Se puede jugar de forma interactiva o manejar con una aplicación de teléfono inteligente relacionada. Al iluminarse y responder al movimiento, ofrece una variedad de experiencias educativas, desde aprender colores y matemáticas hasta desarrollar una comprensión básica de la programación). Estos juguetes se centran en su capacidad para *crear una relación con el menor* con quien interactúan.

El grupo Personal Robots del MIT Media Lab, en Boston (EE.UU), tienen a PopBot que es un robot social programable e 'inteligente' que juega con los niños para ayudarles a aprender IA y que emplea herramientas como el smartphone, bloques LEGO, Arduino y una tableta u ordenador a fin de desarrollar actividades de IA que permiten a los niños crear sus propios algoritmos<sup>14</sup>.

Otro tipo de juguetes son los de *realidad virtual*, por ejemplo, los auriculares VR se usan sobre los ojos y las orejas y permiten a los niños ingresar a un mundo virtual 3D que a menudo es un juego interactivo, pero no exclusivamente. El

auricular rastrea dónde está mirando el niño para que pueda mover la cámara del juego de manera receptiva. La *realidad aumentada* combina el mundo real con una experiencia superpuesta que extiende (o aumenta) las cosas en una dirección de fantasía. Esto puede ser tan simple como localizar criaturas en tu jardín o tan fantástico como identificar estrellas en el cielo nocturno. (El LEGO AR Studio en iPhones que te permite construir juegos de trenes de Lego, dragones y galeones en un espacio virtual a tu alrededor. Otra experiencia popular y educativa es la Curiscope AR camiseta. Virtualitee proyecta un cuerpo de respiración vivo sobre el usuario de la camisa. En la pantalla de la aplicación, los niños pueden aprender con gran detalle cómo funcionan los músculos, los huesos y los órganos). En ambos casos, *realidad virtual y aumentada*, ofrecen experiencias educativas que involucran a los niños en un nuevo tema<sup>15</sup>.

En otra línea se hallan los *relojes inteligentes* (ofrecen juegos que alientan a los niños a mantenerse activos. El VTech Kidizoom también ofrece un sensor de movimiento, podómetro, reloj despertador, temporizador, cronómetro y grabadora de voz).

Como analizaremos en este estudio más adelante, antes de entregarlos a un niño, los padres deben educar al menor en relación a cómo, cuándo y dónde se comparten los datos, las implicaciones de costes que conlleva su uso, el comportamiento apropiado para tomar y compartir fotos. Además, hay que tener en cuenta que algunos dispositivos rastrean su ubicación y tienen opciones de redes sociales, por lo que deben configurarse cuidadosamente antes de entregar al niño.

Existen también los *altavoces inteligentes*, (no solo reproducen música, sino que tienen controles de voz integrados. Además de pedir tu canción o artistas favoritos «Play Yellow by Coldplay», también pueden ser utilizados como interfaz con Internet. Pueden decirte qué tiempo hace, leer tus mensajes de texto y configurar temporizadores, lo cual es útil en situaciones en las que no desea usar un teléfono inteligente, son una forma útil y discreta para que los niños interactúen con la *información on line*).

Sin olvidar las líneas de desarrollo para incorporar la tecnología de *Internet de las Cosas* y la *Inteligencia Artificial a los juguetes tradicionales* de tal forma que estos pueden llegar a funcionar como videojuegos.

### III. CUESTIONES ÉTICO MORALES DE LOS JUGUETES CON IA

Estos juguetes robots *interactúan* constantemente con los menores, quienes pueden considerarse como colectivo vulnerable en este ámbito, pues desarrollan o sentimientos emocionales o un apego por este tipo de juguetes robots, los cuales, en algunos casos, aprenden y entienden las emociones humanas (compañero emocional en el sentido de hablar y de entender la tristeza, la alegría o la sorpresa de su interlocutor; o incluso ser capaz de expresar algunas emociones básicas). Y los consideramos colectivo vulnerable porque aún carecen de las habilidades técnicas, críticas y sociales necesarias, para el conocimiento de determinadas consecuencias dañosas para sí y para los demás. No se trata de sustituir a maestros, padres o amigos por robots, pero los menores cuyas habilidades socioemocionales aún se están desarrollando, ven en los dispositivos de IA con los que interactúan algo parecido, por ejemplo, a una mascota y a un amigo, pues están diseñados para hacer creer que tienen sentimientos, entretener al menor.

Además, están dotados de la posibilidad de cambiar constantemente el juego, llamando la atención del menor. Normalmente, interactúan mediante el habla,

o/y tienen movilidad, o/y cuentan con un potente sistema sensorial en el cuerpo que permite reaccionar al tacto, expresión, gesto, habla, etc. Normalmente interactúan con los niños jugando, bailando, siguiéndoles o siendo seguidos. Hay que tener en cuenta la *posible manipulación del menor* (estas tecnologías avanzadas, que incluso pueden transmitir y normalizar comportamientos y conductas negativas y antinaturales como si fueran positivas y naturales). La influencia de «la comunicación con el robot puede llegar a recrear un sistema de representación simbólica en el que se halla implícita una determinada concepción del mundo y se despliega todo un sistema de valores... la IA puede convertirse en una escuela de emociones y de comportamientos para los niños, proyectando sobre estos una imagen idealizada del mundo y de sí mismos»<sup>16</sup>.

Además, las nuevas tecnologías incorporadas a estos juguetes, prevé que la IA llegue a superar la capacidad intelectual humana, llegando a plantearse la posibilidad de que los robots lleguen a ser más inteligentes, y dar un paso más hacia su autonomía. En tal caso, habrá que preguntarse si cabría la posibilidad de poder *responsabilizar al propio robot por sus propios actos u omisiones donde no interviene un humano...* O la otra perspectiva, responsabilizar al humano por los actos u omisiones de los robots que hayan causado daños que se podrían haber evitado<sup>17</sup>, y preguntarse si en tal supuesto estaríamos hablando de la responsabilidad del humano *in vigilando...* Estamos pensando en una futura generación de robots sobre los que no se puede determinar su previsibilidad...

#### IV. EL DERECHO DEL MENOR AL ACCESO A LOS JUGUETES CON IA: LA VULNERABILIDAD DEL MENOR

El menor juega, se educa, forma su conciencia, comparte sus vivencias, su vida personal, sus imágenes, pero en este tipo de juguetes debe conocer y ser consciente de los riesgos que asume. Es una forma novedosa de ejercer sus derechos de ahí que lo consideremos como menor vulnerable. El legislador debe regular las consecuencias jurídicas y éticas de estos mecanismos teniendo en cuenta que no se puede limitar la innovación tecnológica que la propia sociedad necesita y que los propios menores consumidores y usuarios reclaman siempre teniendo en cuenta el libre desarrollo de su personalidad y sus derechos fundamentales.

Por otro lado, hay que valorar y cuantificar el hecho de que la tecnología influya en hacer menos humanos y más pasivos a los menores, influya en su autonomía personal, cree una adicción a estos juguetes y que a su vez provoquen una pérdida de su capacidad de iniciativa y creatividad.

#### V. LOS DATOS PERSONALES CAPTADOS A TRAVÉS DE LOS JUGUETES CON IA

Es sabido que la IA es capaz de influir en las decisiones humanas a través del análisis de grandes cantidades de datos (a menudo personales) y que los propios menores constituyen un grupo vulnerable<sup>18</sup>.

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, a la vista este nuevo marco tecnológico, y desde la perspectiva analizada, se ejercen de manera distinta. *Se producen nuevas formas de vulneración de los derechos del menor.*

Se está trabajando en que el desarrollo y el uso de estos sistemas con IA tengan en cuenta los derechos de los menores desde diferentes perspectivas, y una de ellas es desde el ámbito ético, a fin de evitar los riesgos con su seguridad, su intimidad, su integridad física y psíquica, su dignidad, su autonomía, su autodeterminación, el consentimiento informado y la propiedad de los datos. Todo ello teniendo en cuenta la Carta de los derechos fundamentales de la Unión, teniendo en cuenta que va dirigido al colectivo vulnerable de los menores (a fin de no herirlos, engañarlos o explotarlos...).

Así los derechos del menor que pueden verse afectados en su interrelación con los *robots humanoides inteligentes* y con los *sistemas de IA* en general, serían los derechos de la personalidad, referidos *al honor, a la intimidad y a la propia imagen* (art. 4 LOPJM). La vulneración de estos derechos se encuentra regulada con parámetros de 1996, pensando en los medios de comunicación tradicionales (televisión, prensa, radio...) los cuales ya no son la plataforma que entraña el mayor peligro respecto a la intromisión en los derechos fundamentales del menor, sino la plataforma digital y la IA.

La SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017 señaló que «Podría concluirse que el derecho a la propia imagen en privado es inequívocamente parte del derecho a la intimidad. De esta forma el derecho a la intimidad y a la imagen enmarcados en ese concepto genérico de intimidad *atienden a la necesidad de otorgar al individuo las facultades necesarias para crear o mantener condiciones mínimas para que el desarrollo de la libertad y de la dignidad sea efectivo* y que conlleva la facultad de toda persona para decidir sobre la *potestad de control*, de lo que afecta al individuo sobre su ámbito más reservado, como sobre la captación o reproducción de su imagen física, su voz, su nombre»<sup>19</sup>.

La SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2020<sup>20</sup> cuyo supuesto de hecho se centra en la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor de la página web de «el español», concluyó que «la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar un intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a su intereses, determinará la intervención del ministerio fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados»

También pueden vulnerarse *los derechos a la integridad física y moral*, contemplados en el artículo 15 de la Constitución, que actualmente pueden verse vulnerados a través de nuevas formas de violencia que se ejercen contra los menores por medio de estas nuevas tecnologías. Debe regularse su protección a través de medidas relacionadas con la ciberseguridad, la inteligencia artificial, el aprendizaje automático y la apertura de internet.

En conclusión, debe regularse la vulneración de estos derechos en la LOPJM teniendo en cuenta los derechos digitales del menor.

## VI. RESPONSABILIDAD POR LOS ACTOS U OMISIONES DE LA IA

Uno de los desafíos que van a aparecer y que pueden originar cierta inseguridad jurídica son los supuestos de daños y perjuicios causados por acciones u omisiones de los sistemas de IA y de robots. De ahí la importancia de fijar límites, condiciones y responsabilidades para los que será necesario determinar cómo son una máquina no son seres humanos...

La Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil y robótica<sup>21</sup>, ha supuesto una de las primeras discusiones acerca de la realidad del riesgo y peligro de los drones, vehículos autónomos y robots asistenciales y médicos<sup>22</sup>. Dicha Resolución pone de relieve la inminente necesidad de una regulación armónica sobre la responsabilidad civil derivada de su uso, que ha de abordarse a nivel comunitario, con el objeto de dotar de cierta eficiencia, transparencia y coherencia de la seguridad jurídica en el marco de la Unión. Por otro lado, los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, del European Group on Tort Law, establecen unas cláusulas generales relativas a la responsabilidad civil que pueden ser tomadas para regular aquella responsabilidad derivada de los elementos de la tecnología.

La citada Resolución estima que los referentes éticos de la robótica deben ser la seguridad y la salud humanas, la libertad, la intimidad, la integridad, la dignidad, la justicia, la equidad, la autodeterminación, la no discriminación, la no estigmatización, la protección de datos personales, la transparencia, la responsabilidad, así como los principios de beneficencia y no maleficencia<sup>23</sup>. En definitiva, se trata de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y recogidos en nuestra Constitución de 1978 (art. 10 CE).

Evidentemente, en el actual marco jurídico, los robots no pueden ser considerados responsables por los actos u omisiones que causan daños a terceros, aunque utilicen el «machine learning», lo cual implica que sus actos puedan no estar bajo el control o supervisión humana. De ahí la necesidad de regular dicha facultad para poder concretar y determinar la responsabilidad causada por estos.

La doctrina científica señala que nuestro sistema de Derecho civil establece que los padres responden por los actos de sus hijos (hasta 14 años) por responsabilidad «in vigilando», pero teniendo en cuenta que a largo plazo se prevé que la IA llegue a superar la capacidad intelectual humana, y en la medida de que van a ser más inteligentes y autónomos, la doctrina se plantea la posibilidad de responsabilizar al mismo robot por actos u omisiones cuya causa no pueda atribuirse a un humano en concreto y a los humanos por actos u omisiones de los robots que hayan causado daños que se podrían haber evitado<sup>24</sup>.

Cuestión distinta es que los fabricantes de estos sistemas inteligentes deben incorporar las *características de seguridad y ética*, adquiriendo con ello la responsabilidad jurídica respecto de la *calidad de la tecnología que producen o manipulan*. De modo que, si el robot ocasiona daños que se podrían haber previsto y evitado, el responsable será el fabricante<sup>25</sup>.

En materia extracontractual podría no ser suficiente el hecho de indemnizar por los daños ocasionados por los defectos de fabricación de un robot. Y menos en los supuestos de los daños ocasionados por la nueva generación de robots 4.0, ya que no se puede determinar su previsibilidad<sup>26</sup>. No hay una regulación que determine esta situación creando una gran inseguridad jurídica. Una de las soluciones que ha planteado la CE, es el establecimiento de un régimen de *seguro obligatorio y un fondo común* para cubrir los riesgos que deberían regularse, por ejemplo, en el supuesto de vehículos autónomos.

Cuestión distinta lo constituyen los supuestos de sistemas autónomos de IA donde el algoritmo podría estar manipulado, «hackeado» por terceras personas. En este caso debe determinarse si la responsabilidad recae en el robot o en el creador del algoritmo, y si lo fuera el manipulador del algoritmo puede ser difícil encontrarle.



## VII. LA RESPONSABILIDAD DE LOS PADRES

El artículo 1903 del Código civil, en su párrafo final, nos muestra que el legislador ha concretado que el fundamento de la responsabilidad de los padres sea el de la *culpa in vigilando* y la *culpa in educando* conceptos que se renuevan y actualizan en el objeto de nuestro estudio al añadir un *matiz preventivo* de tales conceptos. El *carácter de dicha responsabilidad es subjetivo*, como así ha puesto de manifiesto la doctrina en general, y que presume que si el menor se daña la culpa es de los padres porque no le han vigilado o educado con la diligencia de un *buen padre de familia*.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de mantener la idea de la responsabilidad subjetiva de los padres en numerosas ocasiones<sup>27</sup>, aunque todavía no se ha pronunciado en relación con juguetes con IA (SSTS de 14 de abril de 1977<sup>28</sup>, 24 de marzo de 1979<sup>29</sup>, 18 de mayo de 1981<sup>30</sup>, 4 de mayo de 1984<sup>31</sup>, 10 de julio de 1985<sup>32</sup>, 8 de marzo de 2002<sup>33</sup>...).

La *patria potestad es el pilar fundamental del criterio de atribución de la responsabilidad* y así se ha venido haciendo eco el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 30 de abril de 1969<sup>34</sup> donde el que cuidaba de aquel niño como si fuera su hijo a todos los efectos era el abuelo materno, pero a pesar de todo fue condenada la madre...

No hay sentencias donde los padres hayan sido «absueltos por lograr aportar con éxito la prueba de la debida diligencia»<sup>35</sup>. Debería ser el momento de cambiar y exigir al menor mayor de 12 años un mayor reconocimiento de actuación en estas cuestiones teniendo en cuenta que cada vez son más nativos digitales frente a los propios padres. Tengamos en cuenta que en este caso puede haber una falta absoluta de conexión entre la responsabilidad de los padres y el reconocimiento de un mayor ámbito de conocimiento y actuación del propio menor. Pues en los posibles supuestos objeto de estudio no son casos donde haya una clara negligencia de los padres. Y, además, daños en la utilización de estos juguetes que estarían dirigidos contra el propio menor o con aquellos con los que juegue... (directa o indirectamente).

No hay muchas sentencias en las que directamente se estudie el problema, aunque hay algunas sentencias en las que indirectamente se tratan diversos aspectos del problema. Por ejemplo, en la STS de 13 de octubre de 1998<sup>36</sup>, cuyo supuesto de hecho se centra en unos niños de catorce años que fotografían desnudo al compañero de la misma edad cuando se está duchando en el vestuario del club deportivo al que pertenecen y luego la colocan en el tablón de anuncios de una plaza pública, análogo a los posibles supuestos de móviles o todo tipo de dispositivos actuales en los que puede producirse una intromisión ilegítima en la intimidad, se hace responsable a los padres, por *culpa in vigilando* y se les tacha de ser negligentes, descuidados, ligeros e imprudentes en la educación o en la vigilancia de sus hijos.

## VIII. ¿INOCUIDAD DEL JUEGO? CUANDO EL JUGUETE LLEGA AL COLEGIO

En la STS de 28 de diciembre de 2001<sup>37</sup> se analiza un supuesto de responsabilidad de un centro educativo, donde los daños se derivan de un juego que era practicado en un recreo durante las horas lectivas con la vigilancia de una profesora, por lo que a los padres en forma alguna, se les puede imputar una actitud omisiva culposa, exigible para que la acción prospere. Pero

claro, debería tenerse en cuenta que el riesgo de la producción del daño surge desde el momento mismo en que se entrega el juguete al menor. Como dice YZQUIERDO, «tal afirmación no debe engañar: cuando lo que hay es un “fatal accidente”, no nos encontramos ante un supuesto de falta de negligencia, sino de falta de imputación objetiva, vistas las cosas desde la óptica del riesgo general de la vida (la sentencia oscurece todavía más su discurso absolutorio cuando parece decir que si los juegos son inocuos, los daños son entonces fortuitos)»<sup>38</sup>.

Si el artículo 1903 del Código civil junto con la institución de la patria potestad compromete a los padres a educar a sus hijos y a proporcionarles una formación integral... preventivamente *debe inculcarse a los menores de los posibles daños y riesgos que puede entrañar el juego*...

Otro problema frecuente se halla en el hecho de que los padres estén divorciados o separados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo (o los casos de ruptura de parejas no casadas), y la guarda de los menores esté bajo uno de ellos, porque recordemos que «los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda»...<sup>39</sup>.

Para atribuir la responsabilidad se parte de la patria potestad que corresponde a ambos, pues la convivencia no será un requisito o presupuesto para la aplicación del artículo 1903 a los padres, pero sí un dato de gran valor para deducir quién ejerce las funciones de guarda.

El artículo 156.1 del Código civil supone el ejercicio conjunto de los poderes de guarda y la consiguiente responsabilidad de ambos padres. No obstante, el juez en los casos de desacuerdos entre los padres podrá atribuir la facultad de decidir a uno de ellos (art. 156.3 CC) lo que será determinante para que la responsabilidad se pueda exigir a uno o a ambos, según haya existido en la decisión un tipo u otro de atribución del ejercicio de la potestad o de distribución de funciones. Por último, la ausencia, incapacidad o imposibilidad de ejercicio por uno de los padres (art. 156.5) determinará en su caso la sola responsabilidad del otro. Al igual que en el supuesto de padres que viven separados ya sea de hecho ya sea por razones laborales, aunque en este caso la autoridad judicial, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre ambos las funciones inherentes a su ejercicio. Esto implicará decidir si la responsabilidad recae o no sobre quien con el hijo conviva.

La extinción de la patria potestad determinará el cese de la obligación de responder por los actos dañosos de los hijos, con independencia de que tal vez pudiera darse el caso de una emancipación por concesión paterna (art. 317), cuando el menor es mayor de 16 años, que anticiparía esa extinción de la responsabilidad.

## IX. OTRAS CUESTIONES

Independientemente de la negligencia paterna como fundamento o no de la responsabilidad y que constituya, o no, por ello un auténtico presupuesto de la misma en el asunto que nos ocupa, está claro que dicha negligencia *está muy unida a que el comportamiento culposo de los padres haya contribuido a la causación del daño*.

El mismo hecho de la compra y entrega del juguete ya comporta un riesgo, y, como hemos venido indicando, los padres deberán explicar las implicaciones

que el juguete especial conlleva y, además, los padres deberán cerciorarse de la madurez del niño, porque de no hacerlo cometen una clara imprudencia.

Y, además, habrá que tener en cuenta *todas las circunstancias concurrentes* que evidentemente pueden ser de diferente tipo, ya sean las atinentes al propio menor (la edad, el carácter, los hábitos, el estado mental, el grado de desarrollo intelectual, la formación recibida...), ya sean las que afectan a los propios padres (número de hijos menores, recursos económicos...), o, las puramente objetivas o de contexto (medio rural o urbano, práctica más o menos extendida de determinados juegos u objetos peligrosos como son las cerillas o los petardos...). Y, otra cuestión es la posible adicción a este tipo de juegos... (y a la utilización de dichos juguetes por los propios padres para entretener a sus hijos y les dejen hacer las tareas... cuando están bajo su guarda...).

No olvidemos, en todo caso, que la rigidez del artículo 1903 del Código civil y de su consideración como una forma más de responsabilidad objetiva no facilita precisamente la situación del padre que lograra demostrar haber empleado toda la diligencia exigible. No cabe exonerarse por el hecho de que uno de los padres tuviera que ausentarse del hogar familiar durante un período considerablemente prolongado... aunque sí cabe la exoneración de responsabilidad cuando no es a él a quien correspondía la guarda del menor (aplicación de las normas sobre ejercicio de la patria potestad contenidas en el art. 156 CC).

## X. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico poco a poco se está adaptando a este nuevo mundo de los robots y de los sistemas con IA. Consecuencia del rápido acceso a este mundo del colectivo vulnerable que conforman los menores de edad, deberá hacerse un esfuerzo mayor por la sociedad y por las diversas disciplinas jurídicas, éticas y científicas para solventar los problemas legales y éticos que pueden ir surgiendo en un futuro próximo, debiendo abordarse el problema de la responsabilidad por los daños causados por los juguetes con tales mecanismos concretando los diferentes enfoques del problema.

## XI. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 1969. Ponente: Andrés GALLARDO ROS. Numroj: STS 1188/1969. Ecli: ECLI:ES:TS:1969:1188.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 14 de abril de 1977. Ponente: Federico RODRÍGUEZ SOLANO Y ESPÍN. Numroj: STS 772/1977. Ecli: ECLI:ES:TS:1977:772.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de marzo de 1979. Ponente: Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 18 de mayo de 1981. Ponente: José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. TOL1.740.166.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 4 de mayo de 1984. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. TOL1.737.910.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 10 de julio de 1985. Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. TOL1.736.983.
- STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de octubre de 1998. Ponente: Francisco MORALES MORALES.

- STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001. Número Sentencia: 1266/2001 Número Recurso: 2757/1996. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. Numroj: STS 10425/2001. ECLI:ES:TS:2001:10425.
- STS, Sala Primera de lo Civil de 8 de marzo de 2002. Jesús Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ. Número Sentencia: 205/2002 Número Recurso: 2950/1996. Numroj: STS 1639/2002. Ecli: ECLI:ES:TS:2002:1639. TOL4.975.352.
- SAP de Córdoba, sección tercera, de 25 de noviembre de 2011. Ponente: Felipe Luis MORENO GÓMEZ. Número Sentencia: 253/2011 Número Recurso: 326/2011. Numroj: SAP CO 1908/2011. Ecli: ECLI:ES:APCO:2011:1908. TOL5.380.572.
- SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017. Ponente: María Zulema GENTO CASTRO. Número Sentencia: 57/2017 Número Recurso: 377/2016. Numroj: SAP LU 98:2017. Ecli: ES:APLU:2017:98.
- SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2020. Sección: Decimoctava. Número Sentencia: 271/2020 Número Recurso: 289/2020. Ponente: Jesús Celestino RUEDA LÓPEZ. Numroj: SAP M 9847:2020. Ecli: ES:APM:2020:9847.

## XII. LEGISLACIÓN CITADA

- Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L210/29, 25 de julio (1985). <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=ES>
- Resolución del Parlamento Europeo de 16 de febrero de 2017, contiene recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil y robótica. [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051\\_ES.pdf](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_ES.pdf)
- Propuesta de *Reglamento (UE) de la Comisión Europea sobre el marco jurídico aplicable a los sistemas de Inteligencia Artificial (IA)*.
- Carta de los derechos fundamentales de la Unión. 30 de marzo de 2010. BOE. <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>
- Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil, del European Group on Tort Law
- Código civil
- LOPJM
- Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE [COM(2020) 825, de 15 de diciembre de 2020]. <https://www.boe.es/doue/2021/100/Z00001-00015.pdf>
- Propuesta de Reglamento sobre Mercado Único de Servicios Digitales («DSA, Digital Services Act»), 16 de diciembre de 2020. [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal\\_for\\_a\\_regulation\\_on\\_a\\_single\\_market\\_for\\_digital\\_services.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/proposal_for_a_regulation_on_a_single_market_for_digital_services.pdf)

## XIII. BIBLIOGRAFÍA

BARDAJÍ, L., La inteligencia artificial y el riesgo asociado a los niños: los datos siempre muestran la verdad. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/09/25/la-inteligencia-artificial-y-el-riesgo-de-los-ninos-los-datos-siempre-muestran-la-verdad/>

- BARRIO ANDRÉS, M., Robótica, inteligencia artificial y Derecho, en *ARI* 103/2018. 7 de septiembre de 2018. <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4/ARI103-2018-BarrioAndres-Robotica-inteligencia-artificial-derecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4>
- *El derecho de los robots*. <https://telos.fundaciontelefonica.com/derecho-robots-inteligencia-artificial/>
- DE ASÍS ROIG, R., *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2015.
- LAMBEA RUEDA, A., Entorno digital, robótica y menores de edad. Digital environment, Robotics and minors, en *Revista de Derecho Civil, Notarios y Registradores*. ISSN 2341-2216- Vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018). Estudios, 183-232. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/353>
- NÚÑEZ ZORRILLA, M.<sup>a</sup> C., Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos, en *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, núm. 12, 2019.
- ORTEGA KLEIN, A., Hacia un régimen europeo de control de la Inteligencia Artificial. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)* 52/2021 - 6/5/2021. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/europa/ari52-2021-ortega-hacia-regimen-europeo-de-control-de-inteligencia-artificial](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari52-2021-ortega-hacia-regimen-europeo-de-control-de-inteligencia-artificial)
- SÁNCHEZ GARCÍA, Á.M., Robótica y ética, en *Derecho de los Robots*. Barrio Andrés, Moisés (dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2018.
- SANTOS GONZÁLEZ, M.J., Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, ISSN-2529-8941, núm. 4, 2017. 38.
- VELASCO PERDIGONES, J.C., El control de los datos personales y la responsabilidad civil. I. Fundamentos para la atribución de responsabilidad civil extracontractual en la «era tecnológica» en *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de derecho privado*, coordinadores: Manuel Novo Foncubierta, Blanca Martín Novo, Jonatan Cruz Ángeles. Dir. Manuel Paniagua Zurera. Tirant lo Blanch. 2021.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson. Madrid, 2020.

#### XIV. WEBGRAFÍA

- MHLAMBI, Sabelo, miembro del Centro de Tecnología Harvard Berkman-Klein y del Centro Carr para Políticas de Derechos Humanos, [https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/naciones-unidas-exige-uso-transparente-responsable-datos-ninos\\_2021052460ab87cbb37a830001394810.html](https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/naciones-unidas-exige-uso-transparente-responsable-datos-ninos_2021052460ab87cbb37a830001394810.html)
- [https://elpais.com/retina/2019/05/14/innovacion/1557814980\\_936882.html](https://elpais.com/retina/2019/05/14/innovacion/1557814980_936882.html)
- <https://www.leonoticias.com/leon/consultas-menores-ante-uso-internet-seguro-privacidad-20210209104129-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

## NOTAS

<sup>1</sup> Los menores del siglo XXI están en continua conexión con la inteligencia artificial (IA), pues se halla presente en los juguetes, en los videojuegos, en los soportes para el estudio, en las aplicaciones móviles. De ahí que sean llamados *nativos digitales*. A la vez tenemos que tener en cuenta que los menores son un *grupo vulnerable*... y sobre todo ajenos a las consecuencias del *tratamiento de sus datos*. De ahí la necesidad de garantizar su seguridad jurídica, su privacidad lo cual se halla conectado con el análisis de las posibles discriminaciones derivadas de los sesgos algorítmicos en la utilización de la IA en todos estos ámbitos.

«Como nativos digitales están muy familiarizados con el manejo de artefactos alimentados por IA, ahora bien, por otro, son los más vulnerables al impacto que aquellos puedan tener, y completamente ajenos a las consecuencias del tratamiento de sus datos». (Vid. BARDAJÍ, Lola: La inteligencia artificial y el riesgo asociado a los niños: los datos siempre muestran la verdad. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/09/25/la-inteligencia-artificial-y-el-riesgo-de-los-ninos-los-datos-siempre-muestran-la-verdad/>).

<sup>2</sup> Redes sociales y aplicaciones que pueden convertirse en centros para la agresión digital o el ciberacoso.

<sup>3</sup> Impidiendo incluso la concentración en la realización de las tareas escolares, responsabilidades en el hogar, respeto de horarios de estudio, sueño...

<sup>4</sup> Los padres deben ser conscientes de que en la imposición de límites de utilización de estos juguetes deben no quitarles tiempo a los menores para mantener relaciones personales y no interferir con las relaciones familiares o de amistad.

<sup>5</sup> NÚÑEZ ZORRILLA, M.<sup>a</sup> Carmen: Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos, en *La Ley*. La Ley 14811/2019

<sup>6</sup> BARDAJÍ, Lola: La inteligencia artificial y el riesgo asociado a los niños: los datos siempre muestran la verdad. <https://www.thetechnolawgist.com/2019/09/25/la-inteligencia-artificial-y-el-riesgo-de-los-ninos-los-datos-siempre-muestran-la-verdad/>

Fruto de esta preocupación han surgido importantes iniciativas en el panorama internacional. Destaca, entre ellas, el encuentro celebrado en primavera de 2019 en el World Economic Forum, con el lema «Generation AI Establishing Global Standards for Children and AI». El encuentro o workshop tuvo lugar en el Centro del Foro Económico Mundial para la Cuarta Revolución Industrial de San Francisco junto con sus aliados, UNICEF y el Instituto Canadiense de Investigaciones Avanzadas (CIFAR), sobre la iniciativa conjunta de la llamada «Generation AI». La comunidad de Generation AI, que está integrada por representantes del mundo empresarial, académico, gubernamental y de la sociedad civil, se unió, por tanto, para establecer directrices globales sobre las mejores prácticas y políticas públicas para la protección de los niños. Estas directrices fomentarán el uso de la tecnología de la IA en beneficio de los niños, protegiendo al mismo tiempo su privacidad y sus vidas contra el mal uso de la IA y circulación de sus datos. Además, servirán a los padres y cuidadores para tener pautas claras sobre la salud y privacidad de sus hijos. A medida que los dispositivos alimentados por IA salen al mercado cada vez en mayor cantidad, es necesario un control y supervisión efectivos. Por otro lado, deben existir cauces legales que permitan reclamar o defenderse en el supuesto de daños o perjuicios a los niños.

<sup>7</sup> Cuestiones que han sido analizadas por LAMBEA RUEDA, Ana: Entorno digital, robótica y menores de edad. Digital environment, Robotics and minors, en *Revista de Derecho Civil, Notarios y Registradores*. ISSN 2341-2216- Vol. V, núm. 4 (octubre-diciembre, 2018). Estudios, 183-232. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/353>

<sup>8</sup> <https://www.leonoticias.com/leon/consultas-menores-ante-uso-internet-seguro-privacidad-20210209104129-nt.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F>

<sup>9</sup> 1. Proteger a los niños y sus derechos a través de una gobernanza de sus datos que minimice el uso de vigilancia y algoritmos para crear perfiles en base al comportamiento de los menores.

2. Priorizar el interés de los niños cuando gobiernos y empresas recopilen, procesen y almacenen sus datos personales.

3. Considerar la singularidad de los menores para que los más vulnerables no se queden atrás.

4. Ampliar las medidas de protección a todos los niños menores de 18 años, independientemente de la edad de consentimiento.

5. Colaborar con los menores y sus comunidades para construir y gestionar sus datos. Los niños deberían tener más voz en cómo se procesan sus datos, quién los puede gestionar y con quién se pueden compartir.

6. Innovación por parte de las autoridades públicas para aprovechar esos datos salvaguardando los derechos de los niños.

7. Superar las «brechas de conocimiento» sobre la gobernanza de datos para crear regulaciones de datos basadas en la evidencia.

8. Crear mecanismos de reparación.

9. Proporcionar recursos adecuados para que autoridades de protección de datos y empresas tecnológicas comprendan perfectamente los derechos de los más pequeños en relación con el manejo de sus datos.

10. Fortalecimiento internacional de las leyes y políticas de protección de datos de los menores de 18 años.

<sup>10</sup> Sabelo MHLAMBI, miembro del Centro de Tecnología Harvard Berkman-Klein y del Centro Carr para Políticas de Derechos Humanos, aseguró hace justo un año que el desarrollo de la inteligencia artificial no solo debe fijarse en la eficiencia y optimización de los datos recogidos. «Si estamos recopilando datos, necesitamos más humanos involucrados para proporcionar el contexto necesario del que a menudo carecen las máquinas y los datos. Falta un cuerpo diverso de humanos».

Y para avanzar reivindicó la filosofía Ubuntu del África subsahariana, unas reglas éticas enfocadas en la *empatía, la humanidad, la lealtad y el bien común* que hagan de la inteligencia artificial una tecnología más ética que empodere a la comunidad. [https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/naciones-unidas-exige-uso-transparente-resposable-datos-ninos\\_2021052460ab87cbb37a830001394810.html](https://compromiso.atresmedia.com/levanta-la-cabeza/actualidad/naciones-unidas-exige-uso-transparente-resposable-datos-ninos_2021052460ab87cbb37a830001394810.html)

<sup>11</sup> ORTEGA KLEIN, Andrés: Hacia un régimen europeo de control de la Inteligencia Artificial. *Análisis del Real Instituto Elcano (ARI)* 52/2021 - 6/5/2021. [http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano\\_es/contenido?WCM\\_GLOBAL\\_CONTEXT=/elcano/elcano\\_es/zonas\\_es/europa/ari52-2021-ortega-hacia-regimen-europeo-de-control-de-inteligencia-artificial](http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/europa/ari52-2021-ortega-hacia-regimen-europeo-de-control-de-inteligencia-artificial)

<sup>12</sup> El *Consejo Alemán de Ética de Datos* había publicado un *informe* donde planteaba que debía haber cinco niveles de riesgo. Que ahora la Comisión Europea plantea en cuatro niveles. La tipología de riesgo planteada desde la Comisión es la siguiente: *Riesgos prohibidos*: inadmisibles. Se incluyen los sistemas de IA que se consideren una clara amenaza para la seguridad, los medios de subsistencia y los derechos de las personas.

*De alto riesgo*: está permitida, pero sujeta al cumplimiento de los requisitos de IA y la evaluación de la conformidad ex ante. Los sistemas de IA considerados de alto riesgo abarcan las tecnologías empleadas en: las infraestructuras críticas (que pueden poner en peligro la vida y la salud de los ciudadanos como, por ejemplo, los transportes); la formación educativa o profesional, que puede determinar el acceso a la educación y la carrera profesional de una persona (por ejemplo, la puntuación en exámenes); los componentes de seguridad de los productos (por ejemplo, la aplicación de la IA en cirugía asistida por robots); el reclutamiento de empleados (por ejemplo, los programas informáticos de clasificación de CV para procedimientos de contratación); los servicios públicos y privados esenciales (por ejemplo, los sistemas de calificación crediticia que priven a los ciudadanos de la oportunidad de obtener un préstamo); la aplicación de las leyes, que pueden interferir con los derechos fundamentales de las personas (por ejemplo, la evaluación de la fiabilidad de las pruebas); la gestión de la migración, asilo y control de las fronteras (por ejemplo, la comprobación de la autenticidad de los documentos de viaje); y la administración de justicia y procesos democráticos (por ejemplo, la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos). En especial, se consideran de alto riesgo y estarán sujetos a requisitos estrictos todos los sistemas de identificación biométrica remota.

*De riesgo limitado*: se consideran sistemas de IA con obligaciones específicas de información/transparencia. Por ejemplo, en robots conversacionales los usuarios deberán ser conscientes de que están interactuando con una máquina para poder tomar una decisión informada de continuar o no.



De *riesgo mínimo o nulo*: la inmensa mayoría de los sistemas de IA entra en esta categoría. La propuesta permite el uso de aplicaciones tales como videojuegos basados en la IA o filtros de correo basura.

<sup>13</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés: Robótica, inteligencia artificial y Derecho, en *ARI* 103/2018. 7 de septiembre de 2018. <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4/ARI103-2018-BarrioAndres-Robotica-inteligencia-artificial-derecho.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b7a72224-1d79-4649-8c51-bc0419e40cd4>

<sup>14</sup> [https://elpais.com/retina/2019/05/14/innovacion/1557814980\\_936882.html](https://elpais.com/retina/2019/05/14/innovacion/1557814980_936882.html)

«El propósito no es solo formar a los menores para que comprendan y creen con IA, sino entender cómo evoluciona su actitud hacia la tecnología a medida que aprenden cómo funciona. Su último estudio subraya que los niños que obtuvieron peores resultados en las evaluaciones de inteligencia artificial veían a los robots como juguetes no tan inteligentes como ellos. Sin embargo, aquellos que obtuvieron mejores resultados en las evaluaciones, veían robots como personas más inteligentes».

<sup>15</sup> <https://www.internetmatters.org/es/resources/tech-guide/smart-toys-and-wearable-gadgets/#speakers>

<sup>16</sup> NÚÑEZ ZORRILLA, M.<sup>a</sup> Carmen: Menor de edad e inteligencia artificial avanzada. Nuevos desafíos jurídicos, en *Actualidad civil*, ISSN 0213-7100, núm. 12, 2019.

<sup>17</sup> Como pone de manifiesto SANTOS GONZÁLEZ, M.J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro. *cit.*, 38.

<sup>18</sup> SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia, El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 11/2016. Editorial Aranzadi, S.A.U, Cizur Menor. 2016. Disponible en <http://aranzadi.aranzadidigital.es/>

<sup>19</sup> SAP de Lugo de 15 de febrero de 2017. Ponente: María Zulema GENTO CASTRO. Número Sentencia: 57/2017 Número Recurso: 377/2016. Numroj: SAP LU 98:2017. Ecli: ES:APLU:2017:98

<sup>20</sup> La SAP de Madrid de 24 de septiembre de 2020. Sección: Decimoctava. Número Sentencia: 271/2020 Número Recurso: 289/2020. Ponente: Jesús Celestino RUEDA LÓPEZ. Numroj: SAP M 9847:2020. Ecli: ES:APM:2020:9847

<sup>21</sup> BARRIO ANDRÉS, Moisés: Robótica, inteligencia artificial y Derecho, en *ARI* 103/2018. 7 de septiembre de 2018 señala que la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica recoge las principales líneas de trabajo para el legislador al respecto, como la creación de una «Agencia Europea de Robótica e Inteligencia Artificial», y la elaboración de un código de conducta ético voluntario que sirva de base para regular quién será responsable de los impactos sociales, ambientales y de salud humana de la robótica y asegurar que operen de acuerdo con las normas legales, de seguridad y éticas pertinentes. Prevé por ejemplo la exigencia de que los robots incluyan interruptores para su desconexión en caso de emergencia. Y recoge la necesidad de acordar una Carta sobre Robótica; promulgar un conjunto de reglas de responsabilidad por los daños causados por los robots; crear un estatuto de persona electrónica; estudiar nuevos modelos de empleo y analizar la viabilidad del actual sistema tributario y social con la llegada de la robótica; integrar la seguridad y la privacidad como valores de serie en el diseño de los robots; y poner en marcha un Registro Europeo de los robots inteligentes.

<sup>22</sup> *Vid.* VELASCO PERDIGONES, Juan Carlos: El control de los datos personales y la responsabilidad civil. I. Fundamentos para la atribución de responsabilidad civil extracontractual en la «era tecnológica» en *El sistema jurídico ante la digitalización. Estudios de derecho privado*, coordinadores: Manuel Novo Foncubierta, Blanca Martín Novo, Jonatan Cruz Ángeles. Dir. Manuel Paniagua Zurera. Tirant lo Blanch. 2021.

El uso de determinados aparatos tecnológicos ya sean drones, vehículos autónomos o robots, pueden considerarse como elementos productores de un eventual daño y fuente de exposición a un riesgo superior al normal. Esto hace que existan motivos suficientes para aplicar la actual corriente jurisprudencial de la teoría del riesgo, con las consecuencias relativas a la culpa. Mientras que no exista una norma especial que regule los criterios de atribución de la responsabilidad para este tipo de aparatos de la tecnología, como se

pretende por los organismos de la UE y ocurrió, en el ámbito nacional, con el origen de la responsabilidad automovilística, parece ser que es la teoría del riesgo la que mejor se adapta. La teoría del riesgo no puede ser de aplicación general, ya que habrá que estar a las circunstancias concretas de cada elemento tecnológico, la persona, el tiempo, el lugar, la pericia y la forma en que se ha producido el evento lesivo.

Es evidente que, ante la carencia de una específica norma de responsabilidad objetiva, no pueda acogerse este tipo de responsabilidad para los daños originados por elementos de la tecnología, a excepción de las concretas reglas dispuestas en el RD 1036/2017 para aquellos drones que se encuentran en su ámbito de aplicación, así como otras aplicables con distinto fundamento [TRLGCU, el art. 1903 CC, etc.].

Por tanto, ante esta carencia normativa para los daños producidos como consecuencia del uso de tales aparatos de la tecnología, puede afirmarse que puede ser aplicable la teoría del riesgo, teniendo en cuenta que el riesgo por sí solo no es generador de responsabilidad, ya que se estaría ante una superposición sobre la responsabilidad objetiva que el legislador no ha declarado, requiriéndose del elemento culpa. El riesgo se traduce en la concreta situación creada que ha de catalogarse como actividad anormalmente peligrosa, cosa que no siempre será fácil por los operadores jurídicos —a pesar de definirse en los PETL.

Con este trabajo se llega a la conclusión que determinadas actividades, y dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, elementos como los drones, los robots y los vehículos autónomos son agentes creadores de cierto riesgo circunscrito a una actividad peligrosa que se puede catalogar de anormal. Esto hace que los usuarios de tales aparatos tengan que elevar proporcionalmente los estándares de pericia y diligencia con objeto de no producir o aminorar un hipotético daño ante la alta probabilidad de que este ocurra, por lo que ha de existir una alta previsibilidad por el sujeto responsable. La consecuencia directa de la doctrina del riesgo, radica en la culpa, por lo que la catalogación del carácter de anormalmente peligroso de la actividad causante del daño justificaría la imposición, a quien la desempeña, de la carga de probar su falta de culpa. Para el resto de actividades que no obtengan tal calificativo, en materia de prueba, han de regir las normas generales del artículo 217 LEC, teniendo en cuenta que lo dispuesto en casos de facilidad y disponibilidad probatoria.

Entre las circunstancias sociales que rodearon a la STS de 10 de julio de 1943, cuando aún no existía norma que objetivara la responsabilidad automovilística, y la realidad jurídica actual marcada por el uso de drones, robots y vehículos autónomos, no existe mucha diferencia. Es probable que en un futuro se tome conciencia de la peligrosidad y el riesgo que tales aparatos suponen, para cuestionar la necesidad del dictado de normas que objetiven la responsabilidad civil, tal y como ya ocurrió con el fenómeno del automóvil. De hecho, tales aparatos tecnológicos comparten fundamentos con las normas objetivadoras de la responsabilidad civil: el eventual plus de peligrosidad, la utilización por el sector empresarial o el daño a bienes jurídicos importantes como la vida, la integridad física, el medio ambiente, etc. Mientras tanto, la teoría del riesgo es la que servirá como mecanismo de atribución de la responsabilidad en relación a aquellos daños ocasionados por elementos de la tecnología que comporten un plus de peligrosidad en los que haya que extremar la diligencia por sus usuarios, teniendo en cuenta que el usuario no podrá evitar que acontezca todo evento dañino por sobrada diligencia que haya adoptado.

<sup>23</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA, Ángel Manuel, *Robótica y ética*, en *Derecho de los Robots*. Barrio Andrés, Moisés (dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2018. También DE ASÍS ROIG, Rafael, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*. Madrid, Dykinson, 2015.

<sup>24</sup> SANTOS GONZÁLEZ, M.J.: Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: Retos de futuro. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, ISSN-e 2529-8941, núm. 4, 2017. 38.

<sup>25</sup> Directiva del Consejo de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

Diario Oficial de las Comunidades Europeas. L210/29, 25 de julio (1985). <https://eur-lex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31985L0374&from=ES>

<sup>26</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho Civil sobre robótica. Normas de Derecho civil sobre robótica. 7.

<sup>27</sup> Como señala YZQUIERDO «responden los padres, sencillamente, porque son padres»... y, lo son «aunque no sean culpables», (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson. Madrid, 2020, 318).

<sup>28</sup> STS, Sala Primera de lo Civil de 14 de abril de 1977. Ponente: Federico RODRÍGUEZ SOLANO Y ESPÍN. Numroj: STS 772/1977. Ecli: ECLI:ES:TS:1977:772. Donde se señalaba que «...cuando en la producción del daño indemnizatorio regulado por los artículos 1902 y 1903 del Código civil, exista concurrencia de culpas entre el causante del hecho y el perjudicado, pueden compensarse los efectos sobrevenidos por la actuación de ambos de forma proporcional a su respectiva participación (sentencias de 23/12/1952, 02/03/1956 y 18/05/1970 ), no lo es menos, que en el supuesto aquí contemplado, no se deduce de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, culpabilidad alguna por parte del demandante, por lo que el motivo hace supuesto de la cuestión y se halla incurso en el número noveno del artículo 1729 de la ley procesal civil y en la consiguiente causa de desestimación en este momento decisorio».

<sup>29</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, de 24 de marzo de 1979. Ponente: Antonio FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. «Considerando que con relación al motivo primero en que se apoya el recurso de casación de que se trata, ejercitado, al amparo del número 1, del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por pretendida interpretación errónea del artículo 14, párrafo primero de la Ley de Tribunales tutelares de menores, aprobada por decreto de 11/06/1948 en relación con el artículo 1902 del Código civil, su desestimación surge de tener en cuenta que la Sala sentenciadora de instancia, en contra de lo apreciado por el recurrente, ha interpretado adecuadamente el indicado párrafo 1, del artículo 14 de dicha ley, porque si esta desplaza el conocimiento de las acciones civiles por indemnización de perjuicios, derivado de actos ejecutados por un menor, a los tribunales ordinarios en el orden civil, en la clase de juicio que proceda, por no dar competencia en tal aspecto al Tribunal tutelar de menores, es sobre la base de los hechos que estos haya declarado probados que de determinar culpa extracontractual conducen a establecer por el competente tribunal ordinario, en el correspondiente juicio seguido al respecto, la valoración patrimonial y fijación del quantum, que es precisamente lo efectuado en la sentencia recurrida; y mayormente en cuanto en ella se aprecia, sin desvirtuación alguna por el cauce del número 7 del artículo 1692 de la ley de trámites civil, la exactitud de tales hechos declaradas probados en la referida resolución del tribunal tutelar de menores».

<sup>30</sup> STS, Sala Primera de lo Civil de 18 de mayo de 1981. Ponente: José BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO. TOL1.740.166.

<sup>31</sup> STS, Sala Primera de lo Civil de 4 de mayo de 1984. Ponente: Jaime SANTOS BRIZ. TOL1.737.910. Los hechos indicados ocurrieron el día 16/07/1977 cuando la menor tenía ocho años, hallándose en un plazoleta de la población de Elgóibar sentada en un banco de piedra fue alcanzada por un petardo que lanzó el niño de trece años entonces, X, hijo del demandado ; explosivo que fue lanzado desde un distancia de un seis metros y alcanzó a la niña en el ojo izquierdo, produciéndole lesiones que hicieron necesaria un asistencia facultativa, no obstante la cual perdió totalmente y de forma irrecuperable la visión en dicho ojo. Concluyendo que «es patente la tendencia a hacer responder de los daños derivados de esos riesgos a quienes los crean, y en este sentido el padre o cuidador de un menor responde de los daños que este cause a terceros, pues con su falta de cuidado creó el riesgo de una conducta nociva del menor, traducida en daño efectivo y real y debe, por ello, resarcirlo, a menos que pruebe haber utilizado la diligencia exigida por la Ley, lo que no ocurrió en el caso debatido».

<sup>32</sup> STS, Sala Primera de lo Civil de 10 de julio de 1985. Ponente: Cecilio SERENA VELLOSO. TOL1.736.983.

<sup>33</sup> STS, Sala Primera de lo Civil de 8 de marzo de 2002. Jesus Eugenio CORBAL FERNÁNDEZ. Número Sentencia: 205/2002 Número Recurso: 2950/1996. Numroj: STS 1639/2002. Ecli: ECLI:ES:TS:2002:1639. TOL4.975.352. Cuyo supuesto de hecho se basa en las lesiones

causadas a consecuencia de un pelotazo ocasionadas por un joven que estaba jugando con unos amigos: criterio de imputación subjetiva. Señala la Sentencia que «...la decisión adoptada, no aplica en el caso la denominada doctrina de la responsabilidad por riesgo, la que exige un riesgo relevante y obviamente supone una acentuación del matiz objetivo de la responsabilidad, aunque sin circunscribir su apreciación al mero causalismo del resultado, por lo que carecen de consistencia los argumentos del recurso en relación con dicha doctrina. Bien al contrario, la resolución recurrida fundamenta la condena en un criterio de imputación subjetiva...».

<sup>34</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, de 30 de abril de 1969. Ponente: Andrés GALLARDO ROS. Numroj: STS 1188/1969. Ecli: ECLI:ES:TS:1969:1188. «Considerando que al denunciarse en los dos únicos motivos del recurso la interpretación errónea del artículo 1902 del Código civil y doctrina legal que la interpreta y la interpretación errónea de la doctrina legal aplicable a la compensación de culpas, la sentencia de este sala ha de limitarse a declarar si existen o no las alegadas infracciones, quedándole por tanto vedado hacer pronunciamiento alguno respecto al alcance, contenido y amplitud que puedan tener las responsabilidades que establecen los artículos 1903 y siguientes.

Considerando que establecido categóricamente por la Sala de instancia en el segundo considerando de la sentencia recurrida “que el resultado lesivo, cuya reparación se pretende, no ha sido causado por acto u omisión propia del demandado, es evidente la inexistencia de la interpretación errónea del artículo 1902 del Código civil, pues falta al acto, primero de los tres requisitos que la inveterada y constante jurisprudencia de este Sala exige para la existencia de responsabilidad por culpa extracontractual, sin que por otra parte haya sido atacado el hecho declarado por el cauce del número 1 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento, ya que como cuestión fáctica solo puede ser impugnada válidamente en casación mediante el ejercicio de los recursos conducentes a demostrar el posible error sufrido por el juzgador ; razones que obligan a la desestimación del primer motivo”».

<sup>35</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson. Madrid, 2020, 317.

<sup>36</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, de 13 de octubre de 1998. Ponente: Francisco MORALES MORALES. El supuesto de hecho de la sentencia se centra en la publicación en el tablón de anuncios de una plaza pública de una fotografía de un niño de catorce años, totalmente desnudo, sin su conocimiento, ni consentimiento. Responsabilidad de los padres de los niños, de esa misma edad, que hicieron o facilitaron dicha publicación.

<sup>37</sup> STS, Sala Primera de lo Civil, de 28 de diciembre de 2001. Número Sentencia: 1266/2001 Número Recurso: 2757/1996. Ponente: José DE ASÍS GARROTE. Numroj: STS 10425/2001. ECLI:ES:TS:2001:10425.

Pérdida de un ojo causada en el recreo de Colegio por niña de 5 años, en juegos no peligrosos. No existe culpa omisiva por los padres. Ni por los cuidadores del Colegio.

<sup>38</sup> YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*. Dykinson. Madrid, 2020, pag. 321.

<sup>39</sup> «La responsabilidad extracontractual de los padres por los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda consiste en la mera traslación de un acto del hijo empíricamente conectado con un resultado dañoso, sino que en relación con la misma se deben de tener presentes los siguientes extremos: a ) que la responsabilidad de los padres no se basa en la realización por el menor de cualquier actividad causalmente conectada con un resultado abstractamente previsible con un meticulosidad extrema, sino en la *omisión a la hora de prevenir el daño de un diligencia media racionalmente atemperada a las circunstancias del caso*, (así resulta del pleno tenor del art. 1903 en relación con el art. 1104 CC)...». SAP de Córdoba, sección tercera, de 25 de noviembre de 2011. Ponente: Felipe Luis MORENO GÓMEZ. Número Sentencia: 253/2011 Número Recurso: 326/2011. Numroj: SAP CO 1908/2011. Ecli: ECLI:ES:APCO:2011:1908. TOL5.380.572.

Aspectos civiles del trabajo doméstico:  
matizaciones al artículo 1438 del Código civil

*Civil aspects of domestic work: qualifications  
to Art. 1438 CC*

por

MARÍA EUGENIA SERRANO CHAMORRO  
*Profesora de Universidad. Universidad de Valladolid*  
ORCID: 0000-0002-5812-5629

*RESUMEN:* Se cuestiona el derecho de compensación por trabajo doméstico expresamente contemplado en un régimen económico matrimonial de separación de bienes generalmente pactado por los dos cónyuges. ¿deben los cónyuges contribuir obligatoriamente con trabajo doméstico como carga matrimonial? ¿puede un cónyuge contribuir con dicho trabajo contratando a una empleada doméstica? ¿puede un cónyuge reclamar este derecho si ha reducido su trabajo remunerado por conciliación familiar? Estas y otras cuestiones se tratan de dar respuesta en este trabajo.

*ABSTRAC:* *The right to compensation for domestic work, generally agreed by both spouses, and expressly contemplated in matrimonial property regime of separation, is put up for debate. Should the spouses compulsorily contribute with domestic work as a matrimonial burden? Can a spouse contribute to such work by hiring a domestic worker? Can a spouse claim this right if he has reduced his paid work for family conciliation? These and other questions are tried to be answered in this paper.*

**PALABRAS CLAVE:** Cargas matrimoniales. Convivencia. Indemnización. Obligaciones. Retribución económica. Ruptura conyugal. Trabajo doméstico.

**KEY WORDS:** *Matrimonial burdens. Coexistence. Compensation. Obligations. Economic retribution. Marital breakdown. Domestic work.*

**SUMARIO:** NOTAS INTRODUCTORIAS.—II. NORMAS APLICABLES A TODO MATRIMONIO.—III. RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL.—IV. CONTRIBUCIÓN DE LOS CÓNYUGES A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO.—V. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO.—VI. TRABAJO PARA LA CASA: 1. TRABAJO PARA LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SIN QUE EL OTRO COLABORE EN ESTAS TAREAS. 2. TRABAJO PARA LA CASA POR PARTE DE AMBOS CÓNYUGES: EL QUE TIENE UN TRABAJO RETRIBUIDO Y EL QUE CARECE

DE RETRIBUCIÓN. 3. TRABAJO CONJUNTO PARA LA CASA POR PARTE DE LOS DOS CÓNYUGES. 4. TRABAJO PARA LA CASA SOLO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMPATIBILIZÁNDOLO CON OTRO TRABAJO FUERA DEL HOGAR: A) Trabajo en la empresa del marido o colaboración en la actividad profesional del otro cónyuge. B) Trabajo en otra empresa a media jornada o en uso de la conciliación.—VII. ¿EL DERECHO DE COMPENSACIÓN ES COMPATIBLE CON LA AYUDA DOMÉSTICA RETRIBUIDA?—VIII. FORMA DE PAGARSE EL DERECHO DE COMPENSACIÓN.—IX. VALORACIÓN Y CUANTÍA: 1. MOMENTO. 2. VALORACIÓN. 3. CUANTÍA. 4. PAGO. 5. COMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL.—X. POSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS PAREJAS DE HECHO.—XI. CONCLUSIONES.—XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—XIII. BIBLIOGRAFÍA.

## I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Es bastante frecuente leer en los medios de prensa noticias que captan la atención del público general en materia de separaciones y divorcios quizá porque antes no se reclamaban o no se producían, en concreto se trata de equiparar las cargas familiares, se ven más reclamaciones por compensación del trabajo doméstico, se sigue hablando de indemnizaciones pagadas por el marido a favor de la mujer. Así encontramos titulares como «Portugal y China compensan a mujeres divorciadas por el trabajo doméstico realizado durante su matrimonio»<sup>1</sup>, es más, en esta noticia se dice que en la plataforma china Weibo más de 570 millones de personas ya han hablado sobre este asunto, o titulares como «la justicia condena a un hombre a pagar a su expareja 60 000 euros por su trabajo doméstico durante 30 años»<sup>2</sup> indicando que el Tribunal Superior de Justicia de Portugal le otorgó la razón a la mujer tras negársela en primera instancia por el Tribunal de Barcelos al entender que se trataba de una obligación natural por parte de la mujer, entendiendo en apelación que el trabajo doméstico tiene un valor económico que se traduce en enriquecimiento y ahorro de gastos; para determinar el valor del trabajo en casa se adopta el criterio del salario mínimo nacional que multiplica por doce meses y los años de convivencia, del total calculado se retiró un tercio en concepto de los gastos de la mujer durante la convivencia.

A pesar de las reivindicaciones que se han hecho en aras de una igualdad entre los cónyuges se siguen contemplando hoy en día muchas peticiones de reclamaciones económicas por parte de la mujer al marido. Aunque las mujeres han logrado mucha visibilidad en la sociedad y grandes puestos, sin embargo la mujer sigue siendo débil en determinados entornos como es en la familia<sup>3</sup>. La mujer accede a la Universidad, a la política, a puestos directivos, a logros deportivos, ya no hay restricciones a la hora de cursar todo tipo de carreras universitarias, o participar en rallies deportivos o cualquier actividad, pero siguen existiendo diferencias múltiples sobre todo en el ámbito familiar.

La mujer es la que da a luz al hijo/a, la que dedica más tiempo a la familia<sup>4</sup>, la mujer es distinta al hombre, generalmente es la que solicita una reducción de jornada laboral para cuidar al hijo/a. La sociedad ha avanzado en la asunción de roles y funciones de los cónyuges. La lucha por reivindicar mejores puestos laborales hace que en cierta medida la familia vaya cayendo en crisis en el sentido de que se celebran menos matrimonios, hay más uniones de parejas y nacen menos hijos, o estos se tienen en una edad más avanzada de la mujer, a partir de los 30 años o incluso tardíamente sobre los 40. Todo ello hace que la sociedad vaya cambiando y que el derecho deba adaptarse a la realidad que la



sociedad reclama, las normas dice el artículo 3 del Código civil *«se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas»*<sup>5</sup>.

Las parejas quieren tener una autonomía de gestión y libertad de contratación, es por ello que si son libres para decidir contraer matrimonio también lo serán para estipular el régimen económico matrimonial o aquellos pactos que tengan a bien.

Si no hay vínculo matrimonial las reglas que el Código civil dedica al mismo no le serán de aplicación, por lo que habrá que distinguir cómo se ha producido esta unión y el lugar o territorio en que se realiza para saber la normativa aplicable.

En este trabajo quiero hacer un análisis del artículo 1438 del Código civil, por eso la estructura del mismo respetará el orden contemplado en este precepto, indicando que esta disposición se refiere a matrimonio de personas que expresamente hayan convenido en capitulaciones matrimoniales el mismo, ya que se trata de una norma de derecho común, (así como a los territorios que se apliquen también el CC) solo aplicable a los contrayentes que hayan querido someterse a su normas<sup>6</sup>. Tiene su razón de ser en paliar las consecuencias del régimen de separación de bienes al tiempo de la ruptura, ya que no existe comunicación alguna entre las masas patrimoniales de uno y otro cónyuge, a diferencia de los otros regímenes. Aunque en mi opinión no se podría obligar a un régimen de participación si lo que los cónyuges querían era precisamente evitar el mismo. En el régimen de separación los bienes que se tengan antes o durante el matrimonio seguirán perteneciendo a cada uno, esta es la idea que tienen los cónyuges, la que quieren que rija durante el mismo y a su disolución, aplicar el artículo 1438 del Código civil supone, a mi entender, obligar a una norma no querida. Ello hace que algunos autores como VARA<sup>7</sup> acertadamente indiquen que el artículo 1438 del Código civil es muy parco, está descoordinado de las normas de liquidación del régimen matrimonial en general y es terminológicamente impreciso, «El desmesurado margen de discrecionalidad judicial que concede la norma, y el discutible fundamento constitucional (las prestaciones personales extraobligacionales son por principio contrarias al principio de libertad civil y al de dignidad de la persona —art. 10 CE—), ético y sociológico de esta figura están generando una creciente conflictividad, incluso en casación, que pone la figura en el punto de mira de la inaplazable reforma integral del derecho común de familia».

En su inicio, el régimen de separación de bienes no contemplaba la posibilidad de que, tras su extinción, un cónyuge tuviese que pagar al otro una cantidad por el trabajo para la casa, cada uno era dueño de los bienes adquiridos durante el matrimonio. Se va abriendo una corriente permisiva a dicho derecho tras la reforma del Código civil en el año 1981, en Cataluña en el año 1993, en Aragón en 2003, en Navarra por ley 2019 o bien por aplicación supletoria del Código civil en otros territorios no obstante cada una de estas compensaciones es diferente exigiendo unos requisitos específicos para su existencia<sup>8</sup> y no exentas de críticas al respecto.

Considero que se trata de una norma bastante incierta, insegura, pues si examinamos la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo podemos ver las distintas apreciaciones judiciales en las distintas instancias. Normalmente nos encontramos que en primera instancia se concede, en segunda instancia se deniega o se rebaja la cuantía y el Tribunal Supremo lo concede, lo niega o rebaja, o a la inversa, en cualquier caso lo que quiero resaltar es que va a depender de la autoridad judicial



su concesión y su cuantía. Es verdad que se ha tratado de unificar el criterio, como así se efectuó por la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2011<sup>9</sup> que sienta la siguiente doctrina: «*El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con 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*» (fundamento de derecho 7). Datos, los que exige esta sentencia, precisos para obtener el derecho a compensación, pero vemos como es una muestra de la libertad judicial, pues en primera instancia se acordó la compensación, se apeló por el marido a la AP de Madrid revocando la sentencia de primera instancia, la esposa recurre y la dan la razón. Aun cuando se va fijando una línea jurisprudencial y dado que cada vez más las rupturas matrimoniales son más frecuentes, la vida práctica refleja la suma relevante de solicitudes por compensación de trabajo doméstico, aunque es verdad que desde la incorporación de la mujer a la vida laboral este derecho no se puede invocar según la doctrina del Tribunal Supremo, al exigir una dedicación total, absoluta a las tareas domésticas, sin embargo las crisis económicas resucitan este precepto, pues en el caso de que uno de los cónyuges pierda el empleo y realice funciones domésticas, puede fácilmente reclamar este derecho, olvidándose tal vez del enorme esfuerzo que realiza el cónyuge que tiene un trabajo y que se puede ver forzado a conseguir horas extras para aportar más sueldo a la casa y contribuir íntegramente al levantamiento de las cargas matrimoniales a consecuencia de esa convivencia común y la asunción de las normas de régimen matrimonial primario, en ocasiones da la sensación que la autoridad judicial se olvida de este dato. El trabajo doméstico se computa en una doble dimensión. Cuenta tanto para el cumplimiento del deber de contribución a las cargas familiares como para recibir una compensación del cónyuge trabajador a la extinción del régimen.

Este artículo 1438 del Código civil tras la doctrina sentada en la conocida sentencia antes mencionada realmente no se ha adaptado a las reivindicaciones de las mujeres en aras de una conciliación familiar; la mujer que desea trabajar fuera y dentro de casa se ve gravemente perjudicada con esta interpretación, pues si decide tener hijos y reducir su jornada laboral, esta esposa luego no podrá tener derecho a reclamar la indemnización del artículo 1438 del Código civil pues el Tribunal Supremo ha ampliado este derecho en sus Sentencias de 14 de marzo y 26 de abril de 2017<sup>10</sup> pero sin recoger esta modalidad laboral. Es decir, realmente nuestro derecho debe seguir adaptándose a las nuevas reivindicaciones y forma de vida de la sociedad moderna, pues los derechos de las mujeres que concilian siguen siendo discriminatorios y perjudiciales frente a una mujer que se dedique de manera exclusiva al trabajo doméstico o trabaje en la empresa familiar. El derecho debe evolucionar y buscar cuales son las necesidades existentes en la familia, esa protección constitucional realmente debe ampararse y protegerse. La doctrina sentada en la conocida Sentencia de 14 de julio de 2011 y ampliada por las antes citadas del 2017 siguen sin recoger la realidad de la mujer ama de casa y asalariada fuera de su hogar.

## II. NORMAS APLICABLES A TODO MATRIMONIO

La libertad de contraer matrimonio o no hacerlo es plena, si bien una vez que deciden dar el sí, se aplicarán las normas civiles. Normas que distinguen en

función de los efectos personales o patrimoniales, se encuentran ubicadas en el Código civil pero de forma diferenciada. Así el Libro I «de las personas» dedica su título IV al matrimonio artículos 42 a 107, en concreto su capítulo V lleva la rúbrica de los derechos y deberes de los cónyuges, partiendo de la igualdad de derechos y deberes y enumerando varios de ellos, el artículo 67 habla de actuación en interés de la familia, el artículo 68 impone la obligación de socorrerse mutuamente, pero además se ha añadido el deber de compartir las responsabilidades domésticas y la necesidad de atención y cuidado de las personas que estén a su cargo, sean ascendientes, descendientes u otras personas dependientes, como podría ser el caso de una empleada de hogar desde toda la vida<sup>11</sup>. El capítulo VII trata de la separación del matrimonio y el VIII de la disolución del mismo, es el capítulo IX «de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio» (arts. 90 a 101 CC) el que más juego da y más problemas ocasiona entre los excónyuges<sup>12</sup>. Hay que acudir al libro IV «De las obligaciones y contratos» para ver la normativa a aplicar sobre el régimen económico matrimonial, su título III «Del régimen económico matrimonial» contiene unas normas de régimen primario aplicable a todo el matrimonio artículos 1315 a 1324, permitiendo el artículo 1325 estipular, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial en capitulaciones matrimoniales debiendo constar en escritura pública (art. 1327 CC), se permite igualmente la existencia de pactos modificativos de anteriores capitulaciones (art. 1332 CC), mereciendo hacer hincapié en el artículo 1328 del Código civil expresando «Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge», esta referencia a la limitación de la igualdad de derechos de los cónyuges hace pensar en la libertad de pactos que se firman entre ellos. Si conforme al artículo 1323 «Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos» se induce a que todo vale entre ellos pudiendo pactar el régimen que deseen, siempre dentro de las normas legales, pues no cabe la creación de modelos nuevos o pertenecientes a otros territorios.

Teniendo en cuenta estas disposiciones se podría afirmar sin lugar a dudas la amplitud de libertad entre los cónyuges: han sido libres para contraer matrimonios, libres serán para pactar entre ellos todos los contratos o pactos que estimen convenientes siempre dentro de la igualdad y proporcionalidad que el Código civil marca<sup>13</sup>.

En este sentido, conjugando el artículo 1328 y el 68 del Código civil el trabajo doméstico debe ser proporcional, con libertad de esa fijación. El artículo 68 solo habla de compartir, por lo tanto es la voluntad de los contrayentes la que prima según se permite en el artículo 1438, pues dispone que «a falta de convenio los cónyuges contribuirán proporcionalmente» pero esa proporción no es por mitad dado que se atiende a los respectivos recursos económicos. Es aquí donde entran en juego los posibles pactos matrimoniales, ROZALÉN<sup>14</sup> entiende la nulidad del pacto que exonere completamente a uno de los cónyuges de la obligación de contribuir a las cargas, sin embargo permite la validez del pacto con una contribución no proporcional, dado que la proporcionalidad se fija como regla subsidiaria a falta de estipulación<sup>15</sup>. MORENO en cambio entiende que el artículo 1318 del Código civil denota una imperatividad «los cónyuges contribuirán» que debe hacerse conjuntamente, pues dispensar a uno de estas cargas encubre una desigualdad que debe considerarse como cláusula nula por ilícita.

A mi entender los cónyuges pueden pactar lo que estimen conveniente entre sí, se supone que las partes son mayores de edad, con plena capacidad, han

acudido de forma libre ya que de lo contrario el matrimonio estaría viciado, el consentimiento no se habría formado libremente. Si los contrayentes estipulan, es porque quieren fijar una serie de reglas que ordenen sus bienes. De procederse a estos pactos seguramente es porque hay desigualdad de patrimonios, uno tiene más que otro, o espera obtenerlo; si se quiere imponer y obligar un levantamiento de cargas superior al permitido por la ley o perjudicial para uno de ellos, es porque no se quiere participar en un régimen de igualdad y colaboración conjunta. Se puede valorar de forma diferente por los cónyuges las contribuciones o funciones que realice uno de ellos. Esa valoración es clave, uno puede apreciar mucho que el otro cocine o que estudie con los niños, o que trabaje fuera de casa y el otro tenga otras consideraciones, por eso creo que la libertad de pacto debe ser plenamente consentida siempre que exista un equilibrio entre las aportaciones de ambos cónyuges, uno de los cónyuges puede ser que no tenga trabajo asalariado, pero sus horas de madre sean dedicación exclusiva, las 24 horas del día, como es cuando un hijo está enfermo y el cónyuge le cuida y protege, o a la inversa, trabaje fuera y a mayores continúa cuidando en casa a su familia. Se puede valorar de forma infinita esa labor en el hogar, pero también el otro cónyuge puede alabar el dinero que mes a mes trae a la casa y con el que se puede pagar el colegio, los viajes o empleada de hogar. Estos pactos son lícitos en una misma línea de equilibrio.

CUENA CASAS<sup>16</sup> precisa que el Tribunal Supremo al fijar la compensación por trabajo doméstico (en el artículo 1438 CC) introduce rasgos propios del régimen de comunidad en un régimen de separación de bienes que, en el caso de los territorios donde rige el Código civil, es escogido voluntariamente por los cónyuges, entiende que solo debería haber derecho a la compensación cuando la valoración del trabajo para la casa por parte de un cónyuge supere la contribución realizada por el otro, de acuerdo con el criterio de la proporcionalidad y de los recursos económicos. «Si ambos han contribuido proporcionalmente a sus recursos económicos, teniendo en cuenta que el trabajo para la casa es uno de ellos, entonces no se genera el derecho a la compensación. De lo contrario, se produce un solapamiento de remedios, en tanto que una actividad sería «remunerada» dos veces. La decisión de no realizar una actividad profesional y la de pactar un régimen de separación de bienes es libre y hay otros regímenes que pueden suplir los inconvenientes de la separación absoluta, como es el caso del régimen de participación en las ganancias. Lo que no cabe es asumir libremente esa decisión y luego obtener una doble ventaja, ya que se computa como contribución a las cargas del matrimonio además se compensa, sobre todo, al margen de que haya habido “ganancia” por parte del cónyuge deudor».

### III. RAZÓN DE SER DEL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL

La modificación del artículo 1438 del Código civil en 1981 contempla por primera vez el valor del trabajo doméstico del cónyuge, y lo hace curiosamente con referencia al régimen de separación de bienes, dado que en el régimen de gananciales y de participación ya existe una participación comunitaria. No parece muy acertado que si los cónyuges expresamente quieren establecer un patrimonio separado y autónomo a su disolución se pueda reclamar esta compensación.

Debe tenerse en cuenta que la introducción de la figura tuvo lugar en el derecho español, a través de este artículo 1438, en la reforma del Código civil llevada a cabo por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar

un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código civil. Este último artículo se ha puesto en consonancia con estas obligaciones tras la reforma del Código civil por Ley 13/2005, el artículo 68 del Código civil incluye el deber de «compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo». Realmente llama la atención que se haya tenido que introducir un apartado nuevo en el artículo 68 del Código civil, una obligación natural implícita al existir una convivencia que se ha considerado preciso contemplarla legalmente exigiendo que los cónyuges deban compartir las responsabilidades domésticas, esta necesidad es porque verdaderamente se sigue considerando una actividad innata de la mujer, parece que si la mujer es la persona que da a luz a los hijos, debe ser la persona que gestione la casa y asuma todas las obligaciones domésticas, obligaciones que en la sociedad moderna se tachan de machismo-feminismo, pero que se encuentra en menos casos, es decir, desde finales del siglo XX los cónyuges eran conscientes que cuando se casaban, ambos contribuían por igual al levantamiento de estas cargas y los dos debían colaborar en las tareas domésticas.

Según un estudio, realizado en EE UU<sup>17</sup>, utilizando datos nacionales de 6300 parejas heterosexuales de edades comprendidas entre los 18 y los 55 años, se analizó el efecto que causa en la estabilidad matrimonial la división de las tareas del hogar, los recursos económicos de la pareja, y la capacidad de las mujeres para mantenerse económicamente en caso de separación. Se nutre de una comparación entre parejas casadas hasta 1974 frente a los matrimonios de años posteriores. Según los resultados del estudio, los factores financieros no desempeñaron un papel crucial en el divorcio en ninguno de los dos grupos de parejas. El reparto de tareas del hogar sí afectó al éxito de las relaciones, pero se encontraron diferencias acerca de qué división de tareas era mejor para la estabilidad matrimonial.

La Resolución 37 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 27 de septiembre de 1978, sobre la igualdad de los cónyuges en el ámbito del derecho civil, por la que se pretendía paliar ciertas discriminaciones establecía en su punto núm. 8: «i) 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 deberán considerarse como contribución a las cargas familiares». Así, el tenor del Código civil de acuerdo con dichos postulados es el artículo 1438 del Código civil: «*Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación*».

Como dice LASARTE<sup>18</sup> «la unión matrimonial es, sin duda alguna, una de las relaciones interpersonales más intensas en la experiencia del ser humano, y en consecuencia, genera toda suerte de efectos, deberes y derechos entre los cónyuges». El conjunto de reglas dedicadas a la regulación de las relaciones entre los cónyuges atiende tanto a los aspectos puramente personales de la convivencia matrimonial cuanto a aquellas cuestiones de índole patrimonial que se plantean en cualquier matrimonio.

En la actualidad se trata de solucionar muchos problemas heredados del pasado donde predominaban aquellas discriminaciones hacia la mujer, quien

contribuía en especie al sostenimiento de la familia y, consecuentemente, al levantamiento de las cargas familiares. Por ejemplo, hasta la reforma operada en 1975 la mujer debía obedecer al marido (art. 57 CC). Ante esta situación se producían una serie de situaciones paradójicas, como el hecho de que la mujer no podía salir del hogar familiar antes de los 25 años y adquirirla la nacionalidad y la vecindad civil del marido, de acuerdo con el principio de unidad familiar; la licencia marital o la representación marital, que conllevaban que la mujer no podía realizar ningún tipo de acto con trascendencia patrimonial sin contar con el consentimiento del marido hasta 1975, excepto en Cataluña y Baleares; no podía ser albacea o aceptar o repudiar una herencia sin la licencia marital; la administración de la sociedad de gananciales estaba en manos del marido hasta 1981<sup>19</sup>.

La CE supuso un avance en el reconocimiento de la igualdad conyugal (art. 32). Este principio constitucional se ha incorporado en nuestro Código civil con la gran reforma llevada a cabo por Ley 30/1981 reconociendo en el artículo 66 del Código civil que «*el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes*», precepto adaptado a la reforma del 2005 tras permitirse el matrimonio entre personas del mismo sexo, siendo necesario adaptar el Código civil a este reconocimiento, por lo que el actual artículo 66<sup>20</sup> habla de cónyuges para no distinguir.

Esa igualdad en el ámbito familiar hay que acercarla a una contribución conjunta de las cargas del matrimonio así como a una distribución por igual de lo que implica una convivencia conjunta, por ello RODRÍGUEZ RUIZ<sup>21</sup> en la búsqueda del panorama legislativo, expone que el Tribunal Constitucional viene estableciendo que las medidas orientadas a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral tienen una dimensión constitucional que, afirma, se desprende de la lectura conjunta de los artículos 14 y 39 CE: de la obligación de los poderes públicos de proteger la familia, la maternidad y la filiación, así como de fomentar el cumplimiento de responsabilidades parentales y de hacer todo ello en términos coherentes con el principio de igualdad por razón de sexo que recoge el artículo 14 CE<sup>22</sup>.

La igualdad se pone de relieve en el artículo 1438 del Código civil en cuanto se analiza el trabajo doméstico, pues la autoridad judicial indaga en los actos familiares, en la aportación realizada al matrimonio, pero no de cara a investigar si todas las cargas familiares o todas las deudas se han pagado, sino de si se ha colaborado en las tareas de casa en sentido amplio, no importa que uno de los cónyuges colabore de forma económica, se busca más bien la presencia en el hogar, esto indica que hay ciertos trabajos que tienen difícil esta participación en aras de igualdad. Si los dos cónyuges trabajan fuera del hogar ninguno de ellos podría reclamar al otro, si los dos trabajan en el hogar tampoco podrían reclamarse nada entre ellos, pero en este caso ¿cómo se contribuye al pago económico de las deudas del hogar familiar? ¿puede existir en un régimen de separación un reintegro de gastos? ¿los dos deben pagar por partes iguales estas deudas? El sentido común señala que las normas de régimen primario imponen unos derechos y obligaciones aplicables con independencia del régimen económico matrimonial, de tal forma que sí cabría como dice el artículo 1319 del Código civil en su apartado 3 dicho reintegro («El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades —se refiere al pago de las necesidades ordinarias de la familia— tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial»). Si aplicásemos de forma literal este artículo pudiera ser que un cónyuge tenga que abonar al otro la compensación por trabajo doméstico en el supuesto que uno de ellos trabajase en casa y el otro no, pero dado que hay que pagar los gastos ordinarios de la casa: alquiler, comida, luz,

agua, colegios, ropas... y todos estos gastos se pagan por el cónyuge que trabaja ¿podría reclamar el pago por mitad? ¿no es posible que acuerden que uno trabaje fuera de casa para hacer frente a todos los gastos y el otro gestione la atención de la casa? Dado que mientras viven juntos no se reclaman nada es curioso que cuando se extingue el matrimonio ya se reclamen todo lo que puedan.

Se trata de una norma de liquidación del régimen de separación cuya finalidad es compensar el desequilibrio patrimonial que provoca el normal funcionamiento del régimen económico patrimonial pactado por los cónyuges<sup>23</sup>. Constituye un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen, lo que implica introducir una regla anómala en el régimen de separación pues se traduce en una corrección comunitaria impropia de tal régimen.

Aunque el artículo 1438 del Código civil lleva más de 20 años aplicándose, se siguen produciendo discriminaciones a la hora del reconocimiento del derecho a compensar. Por un lado si analizamos la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>24</sup> se aprecia que son muchos los casos en que este tribunal marca una cuantía diferente al alza o a la baja o incluso que la deniega o acepta. Por otro lado antes se atendía la petición solo si el cónyuge acreedor se había dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar, pero posteriormente se va reconociendo este derecho también al cónyuge que ha colaborado de manera precaria o parcial en la empresa familiar del otro cónyuge. ¿si la mujer trabaja en la empresa de su padre o de su madre con un salario básico, podría incluirse en ese caso? ¿Qué diferencia hay en estos casos? ¿puede reclamarse la compensación por un trabajo parcial con baja retribución? ¿Se va analizar porqué se ha pagado el sueldo mínimo? ¿si se reduce la jornada laboral por conciliación ya no se tiene derecho a reclamar esta indemnización?<sup>25</sup>.

Estos interrogantes y afirmaciones reciben apoyo en la SAP de Madrid de 11 de abril de 2014<sup>26</sup> que indican que la filosofía inspiradora de este artículo 1438 del Código civil fue la de instaurar un régimen de igualdad entre los cónyuges en todos los órdenes, esto es, derechos y deberes. Este régimen no parece que tenga sentido en nuestro Código civil pues los cónyuges contribuyen de forma proporcional al levantamiento de las cargas del matrimonio mientras no se pruebe lo contrario so pena de generar un enriquecimiento injusto o sin causa.

Recientemente el Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021<sup>27</sup> en su fundamento de derecho 3.º da un paso más al permitir compatibilizar el trabajo profesional con el familiar, estableciendo: «Cuando se introduce el último apartado del artículo 1438 en el Código civil, se hace bajo la reforma de la Ley de 13 de mayo de 1981, que plasma el principio constitucional de igualdad (art. 14 CE) y ello para evitar cualquier desequilibrio relacional en el sistema matrimonial. La regla sobre compensación contenida en el artículo 1438 del Código civil, 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. En la realidad social actual (art. 3.1 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 de la casa y la familia».



Lo que está claro es que dicho artículo sigue estando de actualidad, pues sigue apareciendo en titulares de prensa, y es objeto de debate y comentarios en la sociedad, como se ha dicho al inicio de este trabajo. Por este motivo voy a realizar un análisis del artículo 1438 del Código civil, por un lado en cuanto al estudio de la contribución al sostenimiento del matrimonio por parte de ambos cónyuges y por otro en cuanto a la contribución a las cargas del matrimonio. Hay que señalar qué entendemos por tales cargas y como los cónyuges tienen que hacer frente a las mismas.

Un trabajo para la casa que según diversos factores podría dar derecho a una compensación ¿Quién tiene derecho a una compensación por trabajo para la casa? ¿cómo se valora? ¿cuál es la cuantía a pagar y en qué momento se puede pedir?

#### IV. CONTRIBUCIÓN DE LOS CÓNYUGES A LAS CARGAS DEL MATRIMONIO

No hay duda en entender que los dos cónyuges al ser iguales en derechos y deberes deben contribuir a las cargas del matrimonio por igual. Se trata de distribuir estos gastos ¿pero cuáles son? y ¿cómo se deben satisfacer?<sup>28</sup>

Soy partidaria de que los cónyuges hagan frente a las deudas domésticas según lo consideren conveniente, solo será una contribución proporcional si no se hubieran puesto de acuerdo, pero dado que las deudas domésticas existen desde el comienzo del matrimonio (aunque luego si hay hijos seguramente los gastos serán mayores) en estos inicios se habrá pactado de forma al menos verbal cómo se efectúan las mismas.

LÓPEZ PELÁEZ<sup>29</sup> concreta que las cargas del matrimonio se distinguen de las obligaciones, si bien el concepto de carga no suele tener relevancia hasta el momento de la liquidación del haber ganancial. Define a las cargas como los gastos o pagos que deben repercutir de modo definitivo sobre el patrimonio ganancial, con independencia de quien ha realizado el gasto, dado que su finalidad es el mantenimiento de la familia. Añade que no es fácil establecer el concepto de cargas del matrimonio, pues no se definen ni enumeran los gastos a incluir, por ello dependerá de la realidad social de cada momento y de la situación de cada familia, lo que se traduce en la dificultad de encontrar un concepto general de las mismas, recurre al concepto de carga familiar ampliando esta obligación a progenitores o hijos que vivan en el hogar familiar. Señala que el concepto de carga del matrimonio del artículo 1318 es más amplio que el de necesidad ordinaria de la familia del artículo 1319, pues comprende las deudas domésticas así como las referentes a las necesidades más amplias de quienes integran la familia de acuerdo con sus circunstancias.

A mi entender la carga familiar debe cubrirse por los cónyuges en sentido amplio, no hay que esforzarse en establecer diferencias si la familia está integrada por uno, tres hijos o ninguno, o si hay padres que viven con los cónyuges, el sostenimiento de la familia existe en cualquier tipo de régimen económico matrimonial, se permite el pacto, los problemas surgirán al disolverse dicho régimen, pero existe una responsabilidad solidaria. Las necesidades ordinarias de la familia se fijan de forma individual en atención a los usos y circunstancias particulares, por eso será muy importante los acuerdos o tratos convenidos entre los cónyuges. Antes de emplear a una persona, comprar un coche, realizar un viaje, etc, los cónyuges hablan y deciden cómo se va a hacer frente al pago y de qué importe pueden disponer.



Las cargas matrimoniales existen únicamente en función del matrimonio, ya que son las que resultan del conjunto de gastos de interés común que origina la vida familiar. Por lo tanto el concepto cargas matrimoniales comprende las cargas familiares en el doble círculo conyugal y paterno-filial, así como las necesidades ordinarias de la familia que integran la deuda doméstica<sup>30</sup>.

GARCÍA CANTERO<sup>31</sup> precisa que la potestad doméstica debe adaptarse a la evolución de los tiempos sin que exista una limitación taxativa de actos y negocios jurídicos en que tal potestad se concreta, presupone una comunidad familiar creada en torno a la unión conyugal adaptada a una sociedad regida por el régimen de igualdad de sexos y de participación conjunta de ambos cónyuges en las tareas laborales y domésticas. Estas tareas se pueden atribuir a uno solo de los esposos por el acuerdo expreso o tácito de los cónyuges.

Es muy acertada la doctrina contemplada en la STS de 31 de mayo de 2006<sup>32</sup> afirmando que no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del matrimonio. La cuestión cardinal planteada —que es sobre la que en realidad versa el recurso y en concreto sus dos primeros motivos— radica en la determinación de si el concepto de cargas del matrimonio, a que se refiere el artículo 1438 del Código civil para establecer la forma de su sostenimiento cuando rige el régimen de separación de bienes, comprende los conceptos que se discuten en este proceso referidos a gastos producidos por bienes de carácter común a efectos de que pueda resultar obligado uno de los cónyuges a una mayor contribución al contar personalmente con mayores recursos económicos. Su fundamento de derecho 3.º expone que «La respuesta ha de ser negativa ya que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto 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, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes (art. 103-3.ª CC). Pero no cabe considerar como cargas del matrimonio los gastos generados por ciertos bienes que, aun siendo de carácter común, no son bienes del 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 familiar. En consecuencia la solución adoptada por la Audiencia al considerar que la normativa aplicable a tales bienes era la propia del régimen general de la copropiedad, y en concreto el artículo 393 del Código civil, que establece que el concurso de los partícipes en las cargas será proporcional a sus respectivas cuotas, que se presumen iguales, no supone la existencia de las infracciones legales que se denuncian en los dos primeros motivos del recurso que, por ello, han de ser rechazados».

La STS de 26 de noviembre de 2012<sup>33</sup> precisa que la noción de cargas del matrimonio debe identificarse con la de sostenimiento de la familia, debiendo ser atendidas tales cargas por ambos cónyuges en cuanto 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, considerándose también como contribución el trabajo dedicado por uno de los cónyuges para la atención de los hijos comunes.

No serán consideradas cargas familiares según SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015<sup>34</sup> cirugías estéticas, vacaciones y viajes de placer, diversiones individuales. Sí se incluyen tareas y gestiones administrativas o burocráticas realizadas

fuera del hogar como contratar el suministro de agua o luz, pagar impuestos, gestiones bancarias. etc., como declara la SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014<sup>35</sup>, o la labor de dirección y organización familiar, como las atenciones a las relaciones sociales de la familia, en los casos de grandes fortunas, o el mero control del servicio doméstico. No lo son las tareas catalogadas como aficiones, pasatiempos o formas de ocio del cónyuge que las realiza, como pasear mascotas, hacer bordados o manualidades.

En base a lo expuesto entendemos por cargas del matrimonio los gastos necesarios para el sostenimiento de la familia. Existe más o menos unanimidad en entender las cargas matrimoniales como aquellas que atienden en sentido amplio a las necesidades de la familia,

En función del nivel de renta de cada familia, pues la empleada de hogar no se puede contratar en todos los hogares. Estas cargas necesarias familiares según el artículo 1362.1 del Código civil serán a cargo de la sociedad de gananciales enumerando como tal los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas: 1.ª El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia»<sup>36</sup>.

A estos gastos debe hacerse frente con los bienes de ambos cónyuges (art. 1318 CC) con independencia del régimen económico, pues en todos los regímenes se establece esta obligación, en el Código civil en sus artículos 1362, 1365 para gananciales o el 1440 para el de separación.

Es muy claro el Código civil catalán (art. 231-6) que señala los gastos familiares ordinarios de acuerdo con los usos y nivel de vida de la familia como carga del matrimonio y permite que uno de los cónyuges contribuya a estos gastos con su trabajo doméstico, pero si existiesen bienes especialmente afectos a los gastos familiares, sus frutos y rentas deben aplicarse preferentemente a pagarlos, por eso lo primordial es saber si los cónyuges han previsto (libertad de pactos) como se van a pagar estos gastos familiares, pues se habla de una responsabilidad solidaria de los cónyuges para hacer frente a dichos gastos.

## V. CONCEPTO DE COMPENSACIÓN POR TRABAJO DOMÉSTICO

Dos elementos integran el concepto de compensación por trabajo doméstico: el trabajo para la casa de uno de los cónyuges y el incremento patrimonial procedente de la actividad económica y profesional del otro, si bien esto debe matizarse.

Esta compensación tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de las cargas familiares, específicamente reguladas en el régimen económico de separación de bienes. El concepto de cargas del matrimonio debe ser referido como ya he dicho al sustento, habitación, vestido y asistencia médica de todo el grupo familiar, educación y alimentación de los hijos comunes, gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo y atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

Esta figura 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 pensada como una prestación susceptible de cuantificación económica que ostenta un valor estimable al tiempo de proceder a la liquidación del régimen económico de separación.

La compensación solamente tiene sentido cuando el cónyuge que ha realizado el trabajo doméstico haya cumplido en exceso su obligación de contribuir a las cargas de acuerdo con el criterio de proporcionalidad y en función a sus recursos económicos. El trabajo doméstico es la contribución de unos de los cónyuges al levantamiento de las cargas del matrimonio. Este trabajo debe realizarse en el ámbito del hogar, de forma exclusiva según la doctrina dictada por el Tribunal Supremo de manera indudable, posteriormente ampliada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 al incluir también el trabajo de forma precaria en la empresa del marido ¿Por qué no puede hacerse una sobreaportación si el cónyuge realiza una actividad remunerada fuera del hogar? Lo que se debe tener en cuenta es la determinación de las aportaciones efectuadas por cada uno. Es más hay una corriente bastante extendida de considerar que es posible compaginar el trabajo en el hogar con un trabajo retribuido que permita seguir compaginando ambas funciones. ¿Por qué o para que se solicita la conciliación? Precisamente es para seguir compaginando ambas labores, cuando uno concilia el sueldo disminuye y el trabajo aumenta. Me detendré más adelante en las formas de trabajo remuneradas.

Por lo que respecta a la regulación del deber de contribución, se establecen dos criterios fundamentales. La posibilidad de una regulación convencional y la regla de la proporcionalidad a sus respectivos recursos económicos.

El trabajo en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, contrariamente a lo que ocurre con el otro consorte, que hace suyos exclusivamente todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código civil, al indicar que en el régimen de separación de bienes cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título.

La compensación se funda en la existencia de una desigualdad patrimonial en el momento de la separación a favor del cónyuge que careciere de retribución o la tuviere insuficiente y que además se haya dedicado a la casa como recoge la STS de 11 de febrero de 2005<sup>37</sup>.

La reforma del Código civil que tuvo efecto por Ley 11/1981, de 13 mayo, introdujo el artículo 1438 del Código civil en la regulación del régimen de separación de bienes. Esta norma contiene en realidad tres reglas coordinadas y que hay que tener en cuenta de forma conjunta en el momento de decidir en este tipo de asuntos:

1.<sup>a</sup> 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.

2.<sup>a</sup> 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.

3.<sup>a</sup> 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.

Como dice la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería de 17 de febrero de 2003<sup>38</sup> la dedicación a la familia es equivalente en términos esenciales a la de trabajo para el hogar. Añadiendo que «nos situamos ante una prestación

económica que tiene su fundamento en una previa contribución en especie al levantamiento de 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. Hace una distinción muy acertada del fundamento del derecho establecido en el artículo 1438 del Código civil en contraposición al artículo 97. 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 pueda 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 en régimen económico de separación hasta la extinción del mismo. Merece plasmar su fundamento de derecho 3.º *in fine*: «No se trata aquí de indemnizar a uno de los cónyuges por haber desempeñado sin más las tareas del hogar, sino más bien de compensar a quien 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 se encuentra que al no participar de las ganancias obtenidas de su consorte, nada obtiene por ese concepto; al no cobrar por sus tareas en el hogar en beneficio de la familia tampoco recibe nada por ese concepto; y al haber dedicado su tiempo precisamente a tan necesaria y digna como injustamente minusvalorada actividad en detrimento de la promoción profesional fuera del hogar, tampoco tiene posibilidad real de acceso al mercado laboral. Como ya dijimos no es esta la situación que se observa en el presente caso en el que la esposa ha participado de las ganancias y ha obtenido bienes a pesar del régimen de separación pactado». En el presente caso estima improcedente la compensación del artículo 1438 del Código civil, reconociendo el escaso valor que se reconoce al trabajo doméstico en contraposición al gran beneficio que se atribuye a la familia.

Muy interesante es la afirmación contemplada en la SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 antes citada que nos ayuda a fijar los requisitos para solicitar esta compensación. El requisito para tener derecho a la compensación característica del régimen de separación de bienes es que el cónyuge que la pide haya efectivamente aportado su trabajo en el hogar familiar, y que ese trabajo haya sido significativamente más relevante que el aportado por el otro cónyuge, que de esta forma ha dispuesto de todo su tiempo para dedicarse a su actividad profesional o negocial al tener cubiertas todas sus necesidades en el hogar por el trabajo exclusivo de su consorte. Pero si la dedicación de ambos cónyuges a las cargas del matrimonio ha sido similar o pareja, como se trata de una indemnización compensatoria del desequilibrio basado en el trabajo dedicado al hogar familiar, al no haber tal desequilibrio en la actividad desarrollada por cada uno en el hogar desaparecería el fundamento de la compensación porque no habría nada que compensar. En definitiva, la compensación que establece el artículo 1438 requiere que el régimen económico que rige el matrimonio sea el de separación de bienes y que el trabajo que de forma exclusiva o mayoritaria realiza uno de los cónyuges sea el de atender a las necesidades propias de la familia y del hogar, trabajo que en el seno de las relaciones familiares no se retribuye, contrariamente a lo que le ocurre al otro consorte, que hace suyos exclusivamente todos los ingresos que obtiene una vez atendida su contribución

a las cargas familiares, como determina el artículo 1437 del Código civil, al indicar que en el régimen de separación cada cónyuge hace suyos los bienes que adquiere durante el matrimonio por cualquier título». En consecuencia no puede estimarse que ha trabajado sustancialmente más o de manera más relevante el cónyuge que contribuye con su trabajo en el hogar cuando los ingresos del que ha trabajado fuera del hogar, se han dedicado en su totalidad o en su mayor parte al levantamiento de las cargas familiares. Este dato es de especial relevancia si un cónyuge trabaja y contribuye con prácticamente la totalidad del sueldo a las cargas matrimoniales, sería ir en contra de la buena fe y la moral el reclamar una compensación a la ruptura del matrimonio.

Merece la pena citar la STS de 31 de enero de 2014<sup>39</sup> en la misma línea señalada, en el presente caso se concede el derecho de compensación por el juez de primera instancia de Valladolid, se deniega en cambio en la AP de Valladolid al igual que por el Tribunal Supremo. En su fundamento de derecho 2.º se dice 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 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. Admitirlo supone 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». Añadiendo que aunque la sentencia no contenga, una clara declaración de hechos probados, lo que sí niega, y esto no ha quedado contradicho, es que «en ningún caso consta en este procedimiento debidamente acreditado que la esposa ahora apelante se hubiera encargado de un modo exclusivo y excluyente, de las tareas de la casa, y de los trabajos domésticos habituales. Falta por ello la prueba de una dedicación esencial o significativa a dichas tareas». Agrega que ha habido 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 separación.

## VI. TRABAJO PARA LA CASA

El trabajo doméstico se contempla en este artículo 1438 del Código civil para valorarse como forma de contribución a las cargas del matrimonio, aunque como dice MORENO<sup>40</sup> también debe ser tenido en cuenta en otros dos momentos:

- a) cuando se determinen los recursos económicos de cada uno de los cónyuges para hacer frente a su deber de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio,
- b) cuando se concrete si ha lugar a obtener una compensación a la extinción del régimen de separación de bienes.

Hay que partir de la idea central de que el trabajo doméstico de los cónyuges nunca es remunerado, por eso se ha entendido como una obligación natural,

sin plantearse hago esto, o colaboro de esta forma si obtengo un sueldo, ya que al vivir en común se entiende que la pareja contribuye por igual no de forma medible, sino que cada uno colabora como mejor pueda<sup>41</sup>.

Se califica como un mecanismo reparador o compensatorio del régimen de separación de bienes, por lo que se desvirtúa la separación absoluta de patrimonios. Entendiendo algún autor como VERDERA<sup>42</sup> que esta separación de patrimonios es insostenible desde el momento en que todo matrimonio supone una vida en común con una serie de gastos frente a terceros que reconducen a la responsabilidad por deudas en el ejercicio de la potestad doméstica en el marco del régimen matrimonial primario. No obstante en mi opinión es posible hacer frente a las cargas comunes por ambos cónyuges manteniendo la distinción de patrimonios. Me parece perfectamente posible que los cónyuges se repartan los gastos familiares en proporción a sus ingresos o a sus patrimonios. En vez de tener una cuenta común es preferible repartirse las cargas para que cada cónyuge asuma las mismas, en un régimen de separación los cónyuges deben fijar esa distribución de cargas para abonarlas individualmente y ver cumplida su voluntad concreta de separación de bienes.

El trabajo realizado o que deba realizarse puede ser diverso en función de cada persona, confluyen muchos factores que hacen que un trabajo varíe bastante respecto al otro, las personas se marcan metas o valores determinantes del trabajo que deciden efectuar, al respecto vamos a fijar distintas hipótesis según el trabajo efectuado, en función del mismo<sup>43</sup>, determinaremos si es posible reclamar esta compensación económica reconocida por ley en el Código civil.

#### 1. TRABAJO PARA LA CASA DE FORMA EXCLUSIVA POR UNO DE LOS CÓNYUGES, SIN QUE EL OTRO COLABORE EN ESTAS TAREAS

Se trataría de aquel supuesto en el que el cónyuge permanece en casa ocupándose de las tareas domésticas. En verdad creo que este supuesto se aplicaría solo para situaciones sobrevenidas o decididas con posterioridad a la celebración del matrimonio, pues este régimen de separación se suele establecer cuando los dos cónyuges trabajan y se reparten las tareas domésticas, o bien los dos, o alguno de ellos realiza una actividad empresarial que pueda poner en peligro su patrimonio, si uno de ellos no trabaja parece un tanto absurdo pactar este régimen. Si un cónyuge no tiene trabajo ni desea trabajar fuera del hogar lo más probable es que hubiera estipulado un régimen participativo, de comunidad, no de diferenciación absoluta de bienes y disposición.

Si pudiendo antes del matrimonio convenir una reglas de actuación beneficiosas para ambos no se hace, parece un contrasentido tratar de aplicar una norma de comunidad en un régimen de separación, por lo que no se entienden muy bien la inclusión de una norma de inspiración comunitaria en un régimen de separación y permitir posteriormente que se abone un derecho de compensación económica.

El Tribunal Supremo en la Sentencia citada de 14 de julio de 2011 fija de manera tajante la necesidad de que el cónyuge que solicita esta compensación haya trabajado de forma exclusiva para la casa, interpretando literalmente su contenido, puede entenderse que únicamente se tiene derecho a la compensación prevista en el artículo 1.438 del Código civil cuando el cónyuge acreedor haya realizado solo, es decir exclusivamente, el trabajo para la casa; por ello, y según dicha doctrina, no habría lugar a dicha compensación cuando ese cónyuge haya

desarrollado cualquier otra actividad remunerada, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Esta postura jurisprudencial no la comparto, pues como se ha expresado, la situación actual de los casados en régimen de separación haría inaplicable y discriminatorio este derecho. En primer lugar, entiendo que este artículo no debería tener cabida en el régimen de separación ya que los cónyuges expresamente han excluido una participación común de sus ingresos o bienes, seguramente muchos matrimonios que firman este régimen ignoran la existencia de este artículo por lo que debiera ser conveniente que expresamente el notario advierta a los cónyuges del posible derecho de compensación económica que se produciría si un cónyuge trabaja de forma notable en el hogar familiar. Por otro lado la exigencia de trabajo exclusivo en el hogar familiar debe ser ampliada a otros muchos supuestos, la realidad social es otra, hay parejas que valoran una convivencia conjunta renunciando a ascensos o mejores sueldos o solicitando una excedencia o jornada reducida para atender a los hijos o persona a cargo. Estas circunstancias sobrevenidas en el matrimonio pueden replantear la organización interna de la casa por la que tal vez uno de los cónyuges decida cambiar su trabajo para dedicarse más al cuidado de los suyos. Habría que ver cada caso, por eso se atribuye al juez, la valoración y apreciación real de este trabajo.

Un caso especial se contempla en la SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016<sup>44</sup>, se expresa que el marido, por imponerlo así las condiciones de empleo, debía residir de lunes a jueves en una localidad distinta a aquélla en que radicaba el domicilio familiar, con lo que solo pernoctaba en este los fines de semana, y todo se lo encontraba dispuesto ya al regresar, ya que la limpieza y funcionamiento de aquel quedó confiada por completo a la mujer, pero esta lo armonizaba con un empleo como vigilante de seguridad, a pesar de este sacrificio de la mujer no se le concedió el derecho de compensación.

La SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016<sup>45</sup> se refiere a la mujer de un guardia civil que esporádicamente fregó escaleras en el cuartel donde prestaba servicio su marido y en otras casas para tener algún dinero extra, motivo por el cual no pudo obtener la indemnización del artículo 1438 del Código civil.

## 2. TRABAJO PARA LA CASA POR PARTE DE AMBOS CÓNYUGES: EL QUE TIENE UN TRABAJO RETRIBUIDO Y EL QUE CARECE DE RETRIBUCIÓN

Como he dicho, los cónyuges suelen pactar este régimen porque tienen un trabajo o un patrimonio que permite hacer frente a la vida ordinaria. Es decir, desean esa independencia de gestión de sus patrimonios por lo que cuando se inicia el matrimonio se genera una cierta convivencia que implica unos gastos y contribuciones distribuidas entre los mismos, se suele hacer un reparto de gastos, una distribución de las cargas que se han de pagar, ya sea luz, agua, calefacción, es decir, asumen hacer frente a los gastos normales que se generen por la convivencia, luego se extenderá a los gastos de los hijos si los hubiere. Lo lógico es que ambos colaboren de forma conjunta con independencia del trabajo, si bien la dedicación al hogar podrá ser variable en función del trabajo profesional a realizar.

La SAP de Madrid de 11 abril de 2014<sup>46</sup> es un ejemplo, habla de colaboración por parte del cónyuge acreedor disponiendo su fundamento de derecho 3.º *«Resulta además que el ex esposo, en la medida de sus posibilidades, y en lo que le ha ido permitiendo el desempeño de su actividad retribuida, ha contribuido, igual*



que la recurrida, a la atención diaria de las hijas comunes y de la familia con la realización de diferentes actividades, así se desprende que las gestiones bancarias no podían ser significativas por razón de las domiciliaciones, y lo mismo cabe decir del mantenimiento del hogar y reparaciones en el ámbito doméstico, o la liquidación y gestión de tributos o impuestos, etc. Por todo ello no nos consta en el supuesto de autos un trabajo de D.<sup>a</sup> Tamara para la casa en términos que la hagan acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil, y es lo que aquí se evidencia un reparto igualitario de papeles entre uno y otro consorte. *No queda acreditado en este procedimiento por D.<sup>a</sup> Tamara, en quien recae el onus probandi o carga de la prueba, que esta, de modo exclusivo y excluyente, se ocupara de los trabajos domésticos habituales, y se dedicara de manera esencial o significativa a dichas tareas, en los términos en los que se pronuncia el Tribunal Supremo en reciente Sentencia de 31 de enero de 2014».*

La SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 antes citada denegó la compensación económica a la esposa por no poder estimarse que la misma contribuyera de manera más relevante que su marido con su trabajo en el hogar, si bien este ha dedicado en su totalidad o en su mayor parte al levantamiento de las cargas familiares, el matrimonio tuvo un alto nivel de vida que procedía de los ingresos del esposo por su actividad laboral, incluso la esposa se sometía a tratamientos de belleza consistentes en servicios de estética, de nutrición y relajación con un coste importante, además la esposa vió aumentado su patrimonio personal.

### 3. TRABAJO CONJUNTO PARA LA CASA POR PARTE DE LOS DOS CÓNYUGES

En cuyo caso no procedería la compensación, puesto que los dos cónyuges han participado conjuntamente en función del deber conyugal de colaboración y ayuda-socorro mutuo.

Es el supuesto más lógico en la vida práctica si se ha pactado el régimen de separación, seguramente será porque los dos cónyuges trabajen fuera de casa o compaginen su trabajo con la ayuda doméstica, pero también habría que averiguar cuál sería la voluntad de los cónyuges sobre su dedicación al trabajo doméstico.

Supuesto contemplado en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2020<sup>47</sup>, así dice su fundamento de derecho 1.º: *«En el caso de autos, ambos cónyuges son farmacéuticos, y trabajaban en farmacias hasta que la esposa, tres años después del matrimonio, adquirió una farmacia, compuesta de tres locales comerciales, a través de créditos hipotecarios. A partir de este momento, ambos cónyuges comenzaron a trabajar en la farmacia adquirida por la esposa, en la que el esposo trabajaría como autónomo, con unas percepciones de unos 1740 euros mensuales en 2015, que eran ingresados en una cuenta común dedicada a los gastos de familia, en la que también la esposa ingresaba sumas, aunque dedicaba la mayor parte de sus ingresos, que aproximadamente triplicaban a los de su marido, a pagar los créditos hipotecarios y a una cuenta privativa suya. Trascorridos casi diez años en esta situación, tras la separación, el marido dejó de trabajar en la farmacia de su esposa y comenzó a trabajar en otra farmacia en 2016 con un salario de 1780,48 euros al mes, que luego subió a 1956 euros.*

*En primera instancia se desestima la compensación pedida por el marido, en apelación se concede por importe de 50000 euros entendiéndose que era un salario insuficiente al marido entendido como trabajo para el otro cónyuge. La mujer recurre indicando su fundamento de derecho 5.º: Tanto la demandante como el demandado*

*atendieron a sus obligaciones familiares, pero sin que conste preponderancia de alguno de ellos, a lo que debe añadirse que el trabajo desarrollado por el Sr. Benjamín en la farmacia 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.

#### 4. TRABAJO PARA LA CASA SOLO POR UNO DE LOS CÓNYUGES COMPATIBILIZÁNDOLO CON OTRO TRABAJO FUERA DEL HOGAR

Se trata de un problema que puede darse en múltiples ocasiones y del que todavía el Tribunal Supremo no ha marcado doctrina. Sería en todos aquellos casos en que uno de los cónyuges realiza un trabajo remunerado fuera del entorno familiar pero adaptado a su vida familiar, como es que solicite una jornada reducida por conciliación o busque un empleo en jornada partida o por horas, o de tal modo que permita compatibilizar los dos trabajos, pero que en cualquier caso impida generar unos ingresos mayores por dedicar parte de su tiempo a las tareas domésticas en sentido amplio.

El Tribunal Supremo contempla la posibilidad de trabajo remunerado en el entorno familiar o trabajo no remunerado porque ayuda en la cafetería, o en el hotel, o en la boutique, es decir, realmente trabaja pero sin sueldo o bien con sueldo mínimo.

Es más acertada la normativa catalana que en su Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia, en su artículo 232-5, establece con la rúbrica «compensación económica por razón de trabajo» lo siguiente: 2. «*Tiene derecho a compensación, en los mismos términos establecidos por el apartado 1, el cónyuge que ha trabajado para el otro sin retribución o con una retribución insuficiente*». Desde hace ya unos años se aprecia la necesidad de precisar esa diferencia, si queremos una igualdad y una conciliación justa no puede recortarse e infravalorarse este trabajo.

Dentro de este apartado distinguimos:

##### A) *TRABAJO EN LA EMPRESA DEL MARIDO O COLABORACIÓN EN LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DEL OTRO CÓNYUGE*

En Sentencia de 14 de abril de 2015 el Tribunal Supremo<sup>48</sup> entiende que el derecho a obtener la compensación requiere que el trabajo para la casa se realice de forma exclusiva, denegando tal derecho en el presente caso ya que la mujer había desarrollado trabajo en alguna de las empresas de la que era administrador el esposo recibiendo por ello una retribución reiterando la doctrina del Tribunal Supremo de la no necesidad de incremento patrimonial del otro cónyuge.

El Tribunal Supremo amplía el concepto de trabajo en exclusiva en Sentencia de 26 de abril de 2017<sup>49</sup> afirmando que para que el trabajo por cuenta ajena de uno de los cónyuges sea compatible con la compensación por el trabajo para la casa, aquel debe consistir en la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares del consorte, esa actividad en el negocio o la empresa del consorte debe entenderse como una extensión del concepto «trabajo para la casa». Expone: «la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en

condiciones laborales precarias, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar».

En esta sentencia se recuerda que entre las circunstancias inhabilitantes para el percibo de esta indemnización sigue estando el desarrollo de una actividad retribuida por cuenta ajena, sea a tiempo parcial, sea en jornada completa<sup>50</sup>.

En el presente caso alegaba la esposa haber contribuido durante el matrimonio con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo y haberse dedicado al cuidado y mantenimiento del hogar familiar y de los tres hijos en común, dejó de trabajar por cuenta ajena cuando nació la tercera hija, con una severa minusvalía, periodo en el que empezó a trabajar en el negocio regentado por su esposo, que trabajó desde 2007 como «falsa autónoma» en el negocio del marido, mientras que este en ese tiempo dobló su patrimonio con la adquisición de hasta cinco fincas urbanas. La Sala a la vista de los hechos estima probado que desde 2005 a 2007 trabajó exclusivamente en el hogar familiar y que desde 2007 hasta 2014 (en el que se produce la ruptura conyugal), ella trabajó en el negocio propiedad de su suegra y regentado por su esposo, dedicado a Administración de Lotería y estanco. El trabajo en el negocio de la familia del esposo se desarrolló a tiempo parcial, con un salario de 600 euros, estando dada de alta como trabajadora autónoma y, por tanto, sin derecho a indemnización por despido.

En este sentido hay que recoger el fundamento de derecho 6.º: *«En la realidad social actual (art. 3.1 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 de la casa y la familia. En el presente caso, es relevante 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 tanto esta Sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el artículo 1438 del Código civil, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. 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 indemnización por despido, criterio que ya se anticipaba en Sentencia 136/2017, 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”».*

Como he dicho esta sentencia parece que amplía este derecho a los cónyuges que compatibilizan el doble trabajo, pero no es así porque solo lo permite para el caso de prestar esta labor en el negocio familiar, señalando que si la retribución es por cuenta ajena no habrá lugar a esta solicitud. Habla de la adaptación del

derecho a las exigencias actuales negando un derecho que es bastante utilizado cual es la reducción de la jornada laboral, en que se aprecia que hay una evidente disminución del sueldo.

*B) Trabajo en otra empresa a media jornada o en uso de la conciliación*

Esta sentencia antes vista alude a la denegación de otras peticiones por gozar de un sueldo retribuido. Queda mucho camino por recorrer si se quiere hacer un correcto uso de este derecho. La colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, debe considerarse como trabajo para la casa dando derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» pues con este trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

Entiendo que se trata de un caso similar al anterior y sobre el que no se pueden hacer consideraciones diferentes. Debe darse el mismo tratamiento al trabajo realizado fuera del hogar en empresas o actividades del consorte o para un tercero. Se compatibilizan tareas, se remuneran los trabajos y se contribuye a las cargas del matrimonio.

La STS de 28 de febrero de 2017<sup>51</sup> deniega este derecho a la esposa que compaginaba labor de colaboración de tipo administrativa y contable de sociedad teniendo el domicilio social en la propia vivienda familiar, desempeñando las tareas domésticas. Lo que resulta sorprendente, pues muchas veces se trabaja en casa para poder cumplir mejor las responsabilidades familiares.

Para GUTIERREZ<sup>52</sup> el trabajo doméstico tiene que ser remunerado aunque el cónyuge acreedor tuviera un empleo retribuido y aunque hubiera tenido alguna ayuda, sea de personal contratado por cuenta del otro cónyuge, sea de este otro cónyuge mismo, siempre que naturalmente resulte mayor el trabajo del cónyuge receptor y por la diferencia correspondiente.

## VII. ¿EL DERECHO DE COMPENSACIÓN ES COMPATIBLE CON LA AYUDA DOMÉSTICA RETRIBUIDA?

Si analizamos la jurisprudencia vemos como el trabajo para la casa es compatible con tener una o varias empleadas domésticas.

En la STS de 25 de noviembre 2015<sup>53</sup> la esposa solicita la compensación por haberse dedicado de forma exclusiva a las tareas del hogar aunque tuviera el matrimonio apoyo de terceras personas. La norma no discrimina entre el mayor o menor patrimonio de los cónyuges, se busca una dedicación exclusiva a las tareas del hogar, no excluyente. La AP deniega el derecho de compensación, dado que han vivido en un chalet de lujo en una zona exclusiva con servicio doméstico y además contaba con un gran patrimonio los dos cónyuges. Esta situación se podrá tener en cuenta para fijar la cuantía pero no para denegarla, así su fundamento de derecho 3.º expresa: *«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 por la prole, que difícilmente forman 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».*

La STS de 26 de marzo de 2015, ya citada, declara probado que la mujer se ocupó de la casa y de los hijos ayudada de empleada doméstica, lo cual no fue óbice para que desarrollase una actividad laboral. Se permite que en esa tarea se auxilie de terceras personas a su servicio ya que, por un lado, «el hecho de que se disponga de servicio doméstico, implica la dirección de la economía doméstica, el control del trabajo realizado por las empleadas de servicio doméstico y el pago de sus retribuciones, así como la labor de supervisar y dar instrucciones a estas sobre la forma de realizar los cometidos que se les encomiendan, y por otro, que la crianza y educación de los hijos así como el cuidado del hogar implica un gran esfuerzo y dedicación».

La STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011<sup>54</sup> establece que contar esporádicamente con servicio doméstico no desvirtúa la dedicación al cuidado de la casa y de los hijos durante los diecisiete años de matrimonio.

Las sentencias de las AP moderan o reducen las cuantías en función de cada caso concreto. Así la AP de Sevilla en Sentencia de 16 de julio de 2014<sup>55</sup> modera la cuantía de la indemnización por contar con la ayuda de una asistenta un día a la semana, en el presente caso, se estima el derecho pero se descuenta la cantidad invertida en la asistenta.

Lo relevante es quien ha realizado este trabajo con independencia de que se haya recibido ayuda, bien de un familiar, de personal de servicio doméstico o empleada de hogar retribuido.

## VIII. FORMA DE PAGARSE EL DERECHO DE COMPENSACION

El problema es determinar si cabe este derecho. En la doctrina existen diversas apreciaciones, así COSTAS<sup>56</sup> considera que el derecho a compensación debería quedar reservado para restablecer el desequilibrio entre los patrimonios de los cónyuges causado por no haberse respetado la regla de la proporcionalidad o la específicamente por ellos elegida para establecer el reparto de las cargas.

GUTIÉRREZ SANTIAGO<sup>57</sup> al comentar la STS de 26 de marzo de 2015 cita a RAGEL señalando que resulta inaceptable el artículo 1438 *in fine*, pues el cónyuge que se dedicó a las labores domésticas ya tuvo su contrapartida en el momento oportuno, pues se benefició del dinero que aportó su consorte al fondo común y que se invirtió en comida, regalos, vacaciones, mobiliario y comodidades para la casa, servicio doméstico, vestido, gastos médicos, etc. Por ello, concluye, de aceptarse la eventual posibilidad de compensar económicamente el trabajo para la casa, se debe también entrar a valorar, para descontar cuánto le hubiera costado al cónyuge que se dedicó a las tareas domésticas haber vivido con el mismo tren de vida que ha llevado durante los años en que se dedicó a las mismas.

Es cierto que el derecho a la compensación que prevé el artículo 1438 ha dado lugar a una respuesta contradictoria en la doctrina y en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. 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. Se han de valorar las circunstancias concurrentes tanto económicas, familiares como personales.

VERDERA<sup>58</sup> se fija en la pérdida del coste de oportunidades, se analiza una proyección laboral que se puede haber visto truncada debido al matrimonio así como por la dedicación a las tareas del hogar. Según CHAPARRO<sup>59</sup> la teoría de la pérdida de oportunidad propone resarcir el coste que asumió el cónyuge que trabajó para la casa como consecuencia de realizar dichas tareas y que no es otro que la frustración de las expectativas propias de desarrollo laboral o profesional.

Debemos citar la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000<sup>60</sup> precisando: «La realización del fin que la norma pretende, es la restitución de una situación de desigualdad patrimonial en perjuicio de uno de los cónyuges cuando haya supeditado parte de sus expectativas personales y profesionales a la familia y al otro cónyuge y resulte de ello un enriquecimiento injustificado para quien, siquiera sea indirectamente, ha podido prestar mayor dedicación a la profesión o a los negocios que quien ha perdido lo que la doctrina ha denominado coste de oportunidades económicas».

La SAP de Valencia de 14 de julio de 2005<sup>61</sup> matiza que no se trata de indemnizar a uno de los cónyuges, sino de compensar a uno de ellos que al extinguirse el régimen de separación no participará en las ganancias, no habrá cobrado por dichas tareas y, como consecuencia de haber dedicado su tiempo a las mismas, no tendrá oportunidad de acceder al mercado laboral.

La STS de 25 de noviembre de 2015 precisa que nada dice la norma sobre cómo debe hacerse esta compensación económica por lo que deberá el juez valorar todas estas circunstancias y procurar hacerlo de una forma ponderada y equitativa a la extinción del régimen económico matrimonial teniendo 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 pueda 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; circunstancias todas ellas que permiten concretar la compensación en la cifra de doscientos cincuenta mil euros, atendiendo a los años de convivencia y al apoyo que la esposa ha tenido de terceras personas en la realización de tales menesteres, sin que la situación patrimonial que pretende hacer valer el esposo sea óbice para ello. En primera y segunda instancia se dice que no procede la compensación, sin embargo, atendiendo a diversas circunstancias como duración del matrimonio, apoyo de terceras personas, trabajo realizado, se estima la misma fijando la cuantía a abonar por entender este derecho existente al contribuir uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con su trabajo doméstico exclusivo sin necesidad de un incremento patrimonial del cónyuge deudor, con independencia del patrimonio de los cónyuges.

## IX. VALORACIÓN Y CUANTÍA

Veamos por separado varias cuestiones.

### 1. MOMENTO

El momento de realizar la compensación será a la extinción del régimen de separación de bienes, sin necesidad de obtención de un incremento patrimonial superior del cónyuge deudor, como se exige en el derecho catalán.

El régimen de separación de bienes se extingue por la disolución del vínculo matrimonial, la muerte, la declaración de fallecimiento y el divorcio, así como por pacto que sustituya a este régimen, es decir, por cambio al régimen de participación o al de gananciales.

En los procesos de separación o divorcio consensuales la no inclusión de la compensación en el convenio regulador cierra procesalmente cualquier posibilidad de reclamación posterior por omisión, no pudiendo ser subsanada con posterioridad. No obstante, la STS de 20 de febrero de 2018<sup>62</sup> da la opción y dualidad procesal de ejercitarse en el proceso matrimonial o en uno posterior; al decir «el artículo 1438 del Código civil regula que la indemnización se determina, en su caso, a la extinción del régimen de separación y al realizarse ello en la sentencia de divorcio es al dictarse esta sentencia cuando se puede resolver lo relativo a la indemnización. Tras valorarse su procedencia, los cónyuges podrán establecer los criterios para su fijación, así como las modalidades de pago, a falta de acuerdo será el juez el que valore si se tiene derecho a compensar y el montante de la misma. A este respecto la legislación catalana en el artículo 232-5 ap 3 dispone: *Para determinar la cuantía de la compensación económica por razón de trabajo, debe tenerse en cuenta 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*». Teniendo como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios de los cónyuges.

## 2. VALORACIÓN

La cuestión más polémica que en la práctica suscita a los jueces son los métodos utilizados para el cálculo de la cuantía que corresponda en concepto de compensación por asunción del trabajo doméstico<sup>63</sup>.

Se valora la dedicación en las tareas domésticas como una importantísima contribución a las cargas del matrimonio, en este sentido LASARTE<sup>64</sup> se plantea cómo es que estas tareas al computarse son también compensables, entendiendo que si es así el trabajo doméstico se paga dos veces considerando que ello es debido a la minusvaloración del quehacer doméstico.

Se dice que es una contribución en especie por parte de uno de los esposos al levantamiento de las cargas familiares, es más constituye también un título para obtener una compensación en el momento de finalización del régimen.

El cónyuge deudor puede pagar la indemnización correspondiente, en efectivo o bien mediante la adjudicación de bienes concretos, si hubiese bienes adjudicados al mismo durante el matrimonio pudiera entenderse que este derecho ya ha sido satisfecho.

La SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 ya citada indica que el esposo se ha desprendido de algún bien privativo, como la casa, dedicando el importe de la venta a abonar la decoración y adquisición de diverso mobiliario de la vivienda familiar y de la que ahora es beneficiaria por uso la esposa, también se la ha concedido unos pagarés por la venta de la casa realizada por el marido y es cotitular de una cuenta de valores en Bankia.



### 3. CUANTÍA

La cuantificación económica de la indemnización implica una especial dificultad, como se destaca en la STS de 25 de noviembre de 2015 y en la que se señala como criterio, —sin perjuicio de poder apreciar otros alternativos— la equiparación del trabajo doméstico con el sueldo que cobraría por llevarlo a cabo una tercera persona o bien con el equivalente al salario mínimo interprofesional<sup>65</sup>. En otras ocasiones se ha utilizado lo dejado de percibir durante todo el tiempo que ha durado esta situación.

En cualquier caso como dice la STS de 5 de mayo de 2016<sup>66</sup> no puede fijarse doctrina jurisprudencial unificadora respecto a la forma de cuantificar la compensación dado el evidente margen de discrecionalidad existente para valorar de forma ponderada todas las circunstancias concurrentes para establecer la compensación.

El Tribunal Supremo en diferentes sentencias ha admitido como una de las opciones posibles a los efectos de calcular el importe de la compensación por trabajo doméstico «el equivalente al salario mínimo interprofesional o la equiparación del trabajo con el sueldo que cobraría por llevarlo 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.

El Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021<sup>67</sup> no admite el recurso de casación solicitado por la mujer contra la Sentencia de la AP de Badajoz de 12 de marzo de 2020. En el presente caso, la Audiencia, confirma que procede el reconocimiento de compensación económica del artículo 1438 del Código civil —conforme a las circunstancias acreditadas, expuestas *ut supra*—, pero reduciendo el importe de 150000 euros al de 90900 euros, por considerar que el régimen económico matrimonial lo fue de separación de bienes desde 1990, habiendo sido inicialmente el de gananciales y que desde abril de 1999 la esposa ha estado trabajando para las empresas familiares y no es controvertido que solo durante unos ocho años y cinco meses, esto es 101 meses, la esposa se dedicó en exclusiva al cuidado del hogar y los hijos, por lo que solo en ese tiempo el matrimonio le impidió realizar su actividad laboral como hasta entonces, por ello se le reconoce el salario mínimo interprofesional como trabajador no especialmente cualificado, por 102 meses, esto es, la cantidad de 90900 euros. Estas son las circunstancias concurrentes tenidas en cuenta por la Audiencia, en la sentencia aquí recurrida, para reducir el importe, pero manteniendo el derecho a la misma.

### 4. PAGO

No se establece en el Código civil la forma en que procederá compensar al cónyuge que trabajó para la casa, si bien, para respetar el principio de congruencia, la forma de pago estará en función de lo que haya solicitado la parte, bien en la demanda o en la reconvencción. Esta forma de pago puede ser pagando una cantidad, entregando bienes u ofrecimientos realizados por el cónyuge acreedor en cuanto al pago de la compensación.

Interesante resulta la RDGRN de 30 de noviembre de 2016<sup>68</sup> en relación a un convenio regulador en el que los cónyuges acordaron en pago a la contribución al trabajo doméstico la adjudicación de varias fincas entre los esposos.

La SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013<sup>69</sup> es interesante en cuanto el marido alega que si la mujer carecía de trabajo y de ingresos durante el matrimonio y a su extinción figura una vivienda propiedad al 50% de ambos cónyuges, el trabajo doméstico se habría retribuido mediante la adquisición de este bien en la medida que tuviese mayor valor que la indemnización que le correspondiese. Lo que ocurre es que en este caso se adquirió el bien durante la vigencia del régimen de gananciales.

En la SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017<sup>70</sup> los dos cónyuges se dedicaron a la atención de los hijos comunes, contaron con auxilio doméstico, la mujer se vió compensada por la adquisición proindiviso y a partes iguales de sendas viviendas conyugales, preparó oposiciones hasta obtenerlas, lo que impide obtener esta compensación, al no darse las condiciones habilitantes para su fijación

VERDERA<sup>71</sup> señala al establecer la forma y el cálculo de la compensación que «No es factible satisfacer la compensación mediante la entrega de bienes o concretando un porcentaje», postura que no comparto dado que si bien en un principio este artículo 1438 del Código civil estaba pensado para realizar una prestación económica, una indemnización dineraria, no hay ningún obstáculo para permitirse otra modalidad de pago económico, al igual que se contempla en el artículo 97 del Código civil, todo dependerá de lo que las partes acepten, si no hay acuerdo, entonces el juez señalará una cantidad dineraria. Como indica la SAP de Tarragona de 23 de mayo de 2006.

La STS de 11 de diciembre de 2019<sup>72</sup> determina: «... 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 de que, por acuerdo entre las partes, se pueda indemnizar de tal forma».

##### 5. COMPATIBILIDAD CON LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL

Son muchos los autores —entre los que me incluyo— que entienden que desde el momento en que existe pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil no tiene sentido incrementarse una indemnización a mayores solo si ha existido separación de bienes, dado que los otros regímenes gozan de participación en las ganancias obtenidas en el matrimonio.

De ahí que un sector amplio de la doctrina justifica el derecho de compensación en los casos en que las tareas domésticas supongan una contribución desproporcionada o excesiva de las cargas matrimoniales, es decir, exceda de la proporcionalidad a los recursos económicos.

La pensión compensatoria no pretende equilibrar patrimonios, pero sí nivelar el desequilibrio existente. Se justifica la compensación por trabajo para la casa en base a las siguientes razones: participación en las ganancias del cónyuge que ha podido dedicarse a actividades que generan rentabilidad, reintegro por exceso de contribución o indemnización por sacrificio de expectativas profesionales<sup>73</sup>.

La pensión compensatoria trata de compensar un desequilibrio futuro que se producirá consecuencia de la situación de crisis matrimonial, mientras que la compensación por trabajo mira hacia el pasado, es decir, trata de compensar un trabajo ya realizado, tiene como supuesto de hecho la liquidación del régimen de separación de bienes, mientras que la pensión compensatoria se refiere a casos de separación o divorcio.

Asimismo, el fundamento de una y otra institución es diverso; mientras que la pensión compensatoria tiene como finalidad «corregir» un desequilibrio patrimonial que se pueda producir con la extinción del matrimonio, y con ello se pretende que el cónyuge beneficiario mantenga un determinado nivel de vida, la compensación económica pretende «compensar» el trabajo ya realizado por uno de los miembros de la pareja en provecho y beneficio del patrimonio del otro, salvaguardando de esta manera la desigualdad patrimonial entre los cónyuges; la compensación del artículo 1438 del Código civil no tendrá en cuenta la situación económica del cónyuge acreedor, en contraposición al artículo 97 del Código civil.

La STS de 11 de diciembre de 2015 proclama que el artículo 1438 del Código civil es 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.

Se trata de dos figuras radicalmente diferentes, la primera procede en los supuestos de separación y divorcio sea cual sea el régimen económico patrimonial al que el matrimonio se encontraba sometido siempre y cuando se aprecie una situación de desequilibrio, la compensación por trabajo doméstico se aplica en los supuestos de separación cuando uno de los cónyuges ha contribuido a las cargas del matrimonio realizando trabajo para la casa produciéndose una sobreexportación<sup>74</sup>.

Como expone la STS de 26 de abril de 2017, 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.

## X. POSIBILIDAD DE APLICAR EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL A LAS PAREJAS DE HECHO

Cuando dos personas contraen matrimonio se someten a unas normas en cierta medida elegidas por ellos pero dentro de un sustento legal; existen unos regímenes económicos matrimoniales que se aplican a las personas que han contraído matrimonio no así a las parejas al margen del mismo<sup>75</sup>.

Debe huirse de la aplicación por «analogía *legis*» de normas propias del matrimonio ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad. Así, con carácter general se afirma que la ruptura de la unión de hecho no implica el deber de indemnizar los perjuicios derivados de la misma, ya que los convivientes han aceptado crear una unión al margen del matrimonio legalmente establecido, que sí crea derechos y obligaciones durante su vigencia así como al término de la misma. No se admite en las parejas no casadas la existencia de un régimen económico matrimonial salvo que se haya pactado por los convivientes una comunidad de bienes u otro sistema. Lo deseable es la estipulación de pactos, pero parece absurdo que si se rechaza el matrimonio se pacten reglas similares al mismo, por lo que en la práctica habrá que estarse al caso concreto.

Las uniones «*more uxorio*», cada vez más numerosas, constituyen una realidad social, que, cuando reúnen determinados requisitos —constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial— han merecido el reconocimiento como una

modalidad de familia, aunque sin equivalencia con el matrimonio, por lo que no cabe transponerle el régimen jurídico de este, salvo en algunos de sus aspectos<sup>76</sup>.

En el ámbito del Derecho civil común no existe norma alguna que regule los efectos patrimoniales de la pareja de hecho en caso de ruptura (con derechos y obligaciones de naturaleza civil), no hay una norma estatal sobre parejas de hecho, si bien se van incluyendo en distintas normas principios de equiparación de las parejas de hecho con el matrimonio. No obstante, existen regulaciones autonómicas que regulan estos efectos, si bien algunas leyes han sido declaradas inconstitucionales bien por carecer de competencias para esta regulación, bien por imponerse al margen de la voluntad de los interesados. Donde no existe norma alguna los tribunales ya de forma pacífica acuden a los principios generales del derecho (prohibición del enriquecimiento injusto) para ofrecer soluciones a situaciones dignas de protección tras la ruptura.

En la jurisprudencia se ha iniciado una evolución de esa doctrina en orden a reconocer algunas consecuencias jurídicas a esa unión de hecho, incluso patrimoniales, admitiéndose incluso la posibilidad de que generen el derecho a una indemnización.

El Tribunal Supremo, lleva años pronunciándose y resolviendo conflictos en relación con el cese de la convivencia de las parejas de hecho<sup>77</sup>, aplicando durante este tiempo criterios distintos para ofrecer una solución ante la falta de norma expresa aplicable. Ha sido una doctrina cambiante en el tiempo, si bien parece ya consolidada desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de septiembre de 2005<sup>78</sup>, que se decantó por la doctrina del enriquecimiento injusto como fundamento de la pensión o indemnización a favor de uno de los convivientes en caso de ruptura.

Como dice esta STS de 2005 la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Esta sentencia establece que con carácter general no deben producirse efectos económicos a favor de miembros de las parejas de hecho en casos de ruptura, salvo que exista un pacto previo, si bien podría producirse esta compensación para los casos en que pudiera darse un desequilibrio no querido ni buscado. En las parejas de hecho, salvo pacto en contrario, también falta una participación recíproca en las ganancias.

Muy interesante es la STS de 15 de enero de 2018<sup>79</sup> declarando improcedente la aplicación por analogía del régimen matrimonial al cese de la convivencia de una pareja no casada. En el presente caso la mayor dedicación a los hijos no comportó un empeoramiento de la actora y un enriquecimiento del demandado: La convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado. Estamos ante una ruptura de unión de hecho con 16 años de convivencia, con dos hijos en común, en que se determina la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos y del hogar familiar, si bien la madre ha compaginado su dedicación a la familia con su trabajo. En primera instancia y en la AP se concede pensión compensatoria, pero en el fundamento de derecho 6.º se dice que «Durante la convivencia, la actora no se dedicó en exclusiva a la atención de los hijos y del hogar familiar, y el hecho de una mayor dedicación a los hijos no comportó un empobrecimiento de la actora y un enriquecimiento del demandado; la convivencia no implicó una pérdida de expectativas ni el abandono de una actividad en beneficio propio por la dedicación en beneficio del demandado, ni el desentendimiento de su propio patrimonio, ni le impidió obtener beneficios mediante el desarrollo de una actividad remunerada. La pensión que se concede

en la instancia, por lo demás, no trata de ser respuesta a un enriquecimiento injusto, sino que atiende, aceptando el razonamiento de la demandante, al riesgo de que quedara sin empleo, lo que se consideraba posible por la situación financiera de la empresa en la que la actora estaba trabajando, la participación que en la misma tenían la propia actora y el demandado (49% pertenece a la mujer y el 51% a su compañero), lo que podría dar lugar al fin del empleo tras el cese de la convivencia».

DE AMUNÁTEGUI<sup>80</sup> comenta esta STS de 15 de enero de 2018 alabando la redacción y tratamiento ofrecido en las mismas a las parejas no casadas. Confirma la idea de que si las parejas no casadas quieren solucionar sus problemas y relaciones de forma eficaz deberán acudir a la vía del pacto, camino que se les señala con reiteración por el Constitucional y por el Supremo. La doctrina de los Tribunales avanza hacia el reconocimiento de ser la autonomía de la voluntad la que discipline los efectos de la ruptura y no el recurso a lo disciplinado para el matrimonio.

Hay que tener presente que la compensación económica por razón del trabajo «nació para equilibrar las desigualdades patrimoniales que pudieran resultar al final de la convivencia matrimonial o de la pareja estable, activándose siempre que uno de los convivientes se hubiere dedicado, aunque no fuere de manera exclusiva, al cuidado de la familia y del hogar o, en su caso, a colaborar desinteresadamente, sin remuneración o con una remuneración insuficiente, en el negocio lucrativo del otro, de manera que solo este hubiera podido obtener un patrimonio exclusivamente privativo por el juego del régimen económico matrimonial de la separación de bienes o, en el caso de las uniones de pareja, por el propio de la titularidad privativa de los bienes de que se trate, ya que, habiendo contribuido ambos al levantamiento de las cargas del matrimonio o de la pareja según sus posibilidades, nada justificaba que uno se hubiere enriquecido y el otro, empobrecido».

En el mismo sentido se ha pronunciado ORDAS<sup>81</sup>, no admitiendo la aplicación de la compensación por trabajo doméstico en el ámbito de las parejas de hecho, pues este precepto está ubicado en sede de régimen económico matrimonial lo que imposibilita su aplicación por analogía a los supuestos de convivencia *more uxorio*.

## XI. CONCLUSIONES

I. Al finalizar un matrimonio, tras una separación o divorcio, aunque estén sujetos al régimen de separación de bienes, quedan pendientes de resolver cuestiones patrimoniales derivadas de esa convivencia en común, existiendo vínculos económicos que es preciso liquidar y que justifican un proceso de liquidación. Una muestra de ello es el derecho de compensación que hemos reseñado en este trabajo. Derecho que ofrece peculiaridades en función del territorio foral y de su normativa. El tratamiento recogido en el Código civil es escaso y ambiguo, habla de «dará» como obligación frente a un posible derecho «podrá dar», de «extinción» en lugar de «liquidación», o concede gran margen de discrecionalidad judicial entre otras críticas, un solo precepto puede ser suficientes para alcanzar las expectativas de las partes pero a mi entender es más precisa su regulación en otros territorios forales que se han adaptado con mayor rigor a las realidades actuales como se puede ver en la regulación catalana.

II. El artículo 1438 del Código civil atendiendo al régimen primario aplicable a todo matrimonio obliga a los cónyuges a contribuir al sostenimiento de las cargas del matrimonio en función de sus recursos económicos, permitiéndose la libertad de pactos, al señalar «a falta de convenio», si no hubieren dispuesto nada se hará en proporción a sus respectivos recursos económicos, si uno de ellos careciere de ingresos, su contribución será en especie, con el trabajo para la casa. El problema es determinar cómo debe ser este trabajo, no basta con carecer de retribución o estar en casa, requiere una participación activa, una verdadera actuación, preocupándose de todo lo que implica atender una casa, pues es diferente si hay hijos, que edades tienen estos, si hay personal doméstico o si el cónyuge que trabaja en casa dispone de una retribución, por dedicarse de forma esporádica o realizar parcialmente ciertos trabajos, o trabajar para el otro cónyuge. Se habla de «trabajo para la casa» sin marcar una verdadera definición cuando en realidad se refiere a «tareas domésticas».

III. El artículo 1438 del Código civil para su aplicación requiere que habiéndose pactado el régimen de separación de bienes se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa, sin haberse producido un incremento patrimonial del otro cónyuge. Doctrina que parece asentarse por el Tribunal Supremo desde la Sentencia de 14 de julio de 2011 si bien creo que debe ser objeto de ciertas matizaciones, pues cada matrimonio es un mundo. En la mayoría de los casos presentados en los juzgados, son las mujeres las que solicitan una indemnización por compensación compatible con la pensión económica del artículo 97 del Código civil, los supuestos son muy variados pero ayudan a entender que la mujer suele emplear más horas a las labores del hogar y que cuando hay hijos se dedica más tiempo a los mismos, reduciéndose la jornada laboral, pidiendo excedencias, compatibilizando su trabajo o reinventándose para sacar adelante la casa con ayuda de terceros o familiares. Este esfuerzo debe valorarse con un reconocimiento legal, pero siempre que realmente los cónyuges tuvieran esa intención, lo contrario es conceder un derecho del que no se tenía constancia, es pagar doblemente el trabajo en casa, máxime cuando los cónyuges han querido deslindar sus bienes y sus gastos.

Dado que este régimen en el derecho común es pactado en escritura pública, el notario debiera asesorar de lo que supone para ambos cónyuges para que no hubiera lugar a una posible ineficacia de estas capitulaciones matrimoniales. La voluntad ha de formarse correctamente, siendo conscientes los contrayentes lo que supone realmente este régimen. La libertad de elección del tipo de régimen es una realidad, no debiendo introducir normas de comunidad en dicho régimen, de lo contrario la opción no existiría.

IV. Se concede gran margen de actuación judicial, valorando el caso concreto y la prueba que se acredite. Salvo su premisa básica, sus requisitos son de estricta elaboración jurisprudencial, con cierta duda constitucional, por contrariar la libertad civil y la dignidad de la persona.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretando el artículo 1438 del Código civil ha establecido un criterio bastante restrictivo para la concesión de la compensación, dado que exige exclusividad en el trabajo para la casa, sin que proceda la misma cuando ese trabajo se ha compatibilizado con un trabajo externo por cuenta ajena o por cuenta propia. La conciliación familiar sufre seriamente a la hora de reclamar este derecho si se realiza una jornada reducida.

Creo que este artículo conlleva gran conflictividad judicial con muestras de contrariedad constitucional y ausencia de una verdadera libertad contractual recortada al introducir este derecho de indemnización en el régimen de separación.

El contribuir a las cargas del matrimonio no implica que el trabajo para la casa no pueda ser valorado, pero la forma regulada en el Código civil es ambigua y el derecho reconocido judicialmente es discriminatorio para muchos cónyuges. Aconsejaría la revisión de este artículo 1438 del Código civil en un sentido más amplio y más ajustado a la realidad social y familiar del momento.

## XII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS de 11 de febrero de 2005
- STS de 12 de septiembre de 2005
- STS de 31 de mayo de 2006
- STS de 14 de julio de 2011
- STS de 26 de noviembre de 2012
- STS de 31 de enero de 2014
- STS de 26 de marzo de 2015
- STS de 14 de abril de 2015
- STS de 25 de noviembre de 2015
- STS de 11 de diciembre de 2015
- STS de 5 de mayo de 2016
- STS de 5 de octubre de 2016
- STS de 28 de febrero de 2017
- STS de 14 de marzo de 2017
- STS de 26 de abril de 2017
- STS de 6 de noviembre de 2017
- STS de 15 de enero de 2018
- STS de 20 de febrero de 2018
- STS de 7 de marzo de 2018
- STS de 11 de diciembre de 2019
- STS de 29 de septiembre 2020
- SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000
- SAP de Valencia de 7 de julio de 2001
- SAP de Valladolid de 4 de mayo de 2001
- SAP de Almería de 17 de febrero de 2003
- SAP de Valencia de 14 de julio de 2005
- SAP de Sevilla de 27 de abril de 2007
- SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013
- SAP de Madrid de 11 de abril de 2014
- SAP de Sevilla de 16 de julio de 2014
- SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014
- SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015
- SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016
- SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016
- SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017
- SAP de Málaga de 28 de diciembre de 2017
- SAP de Asturias de 26 de febrero de 2018
- STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011
- STSJ de Navarra de 10 de febrero de 2004.
- Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021
- La RDGRN de 30 de noviembre de 2016



### XIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALLUEVA AZNAR, L.(2013). Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial. *Indret*. Barcelona, 1-20.
- AGUILERA RULL, A. (2012). La configuración de la compensación del trabajo para la casa (art. 1438 CC) conforme con el principio de igualdad entre mujeres y hombres, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil* núm. 3, BIB 2012/446.
- ÁLVAREZ OLALLA, P. (2016). La compensación por trabajo doméstico y el deber de contribución a las cargas del matrimonio en separación de bienes (al hilo de la STS de 5 de mayo de 2016 y sus predecesoras), en *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 7, julio, 129 a 138.
- ARRÉBOLA BLANCO, A. (2019). *La compensación del trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes*. Madrid: Reus.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M.S. (2011). Criterios para determinar las consecuencias económicas derivadas de la ruptura de uniones de hecho: doctrina del Tribunal Supremo a partir de la STS de 12 de septiembre de 2005. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 11. BIB 2010/2217.
- CABEZUELO ARENAS, L. (2004). ¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales? . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 18. BIB 2004/1843.
- (2009). Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 2009. . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 81, (1-27). BIB 2009/1043.
- (2011). Sentencia de 14 de julio de 2011. Compensación por trabajo doméstico. Su reconocimiento no se subordina al enriquecimiento del cónyuge deudor. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 89, 271-290.
- (2017). ¿Por qué se indemniza a la mujer que compagina el trabajo en el hogar y en los negocios familiares y no, en general, a la que concilia vida familiar con cualquier profesión o actividad retribuida?: La insuficiencia de la STS de 26 de abril de 2017 para desterrar radicalmente la exclusividad del artículo 1438 del Código civil. . *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 10, (73-97). BIB 2017/13242.
- (2018). Ruptura de pareja de hecho. Ex conviviente que trabaja en empresa familiar conservando categoría y sueldo. Ausencia de enriquecimiento injusto. No existe fundamento para compensar imaginando que en el futuro pudiera ser despedida: Comentario a la STS de 15 enero de 2018 (*RJ* 2018, 76). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 108 (217-239).
- COSTAS RODAL, L. (2015). Compensación al cónyuge dedicado al trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes. Requisitos y cuantificación en la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, núm. 8. BIB 2015/4428.
- CREMADES GARCÍA, P. (2008). El reparto de las tareas domésticas y su valoración en el ámbito familiar. *Diario La Ley*. Núm. 7079. La Ley 41321/2008, 1-18.
- CUENA CASAS, M. (2016). Las sorpresas del régimen de separación de bienes: la compensación por trabajo doméstico. *Hayderecho.com*. <https://hayderecho.expansion.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>
- CHAPARRO MATAMOROS, P. (2019). La compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes en el derecho común: una revisión crítica de la interpretación jurisprudencial del artículo 1438 in fine Código civil. *La Ley* 15088/2019, 1-32.

- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2009) La libertad de pacto en el régimen de separación de bienes en *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*. Madrid. Dykinson.
- (2018) De nuevo se pronuncia el Tribunal Supremo sobre las parejas no casadas, pero esta vez con una sentencia impecable en sus consideraciones. *Hayderecho.com*. <https://hayderecho.com/2018/03/05/nuevo-se-pronuncia-tribunal-supremo-las-parejas-no-casadas-esta-vez-una-sentencia-impecable-consideraciones/>
- DEL OLMO GARCÍA, P. (2013). El trabajo doméstico en el derecho europeo de daños. *Indret*. Barcelona, 1-54.
- FRANCIS LEFEBVRE (2018). *Regímenes económico-matrimoniales*, colección Derecho de Familia, Madrid.
- GARCÍA CANTERO, G. (2018). En Garrido de Palma, V.M. (coord), *Instituciones de derecho privado*. Navarra: Thomson Reuters, 19-145.
- 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, Aranzadi, BIB 2015/2867, 1-27.
- GUTIERREZ SANTIAGO, P. (2015). Comentarios a la STS de 26 de marzo de 2015, *CCJC*, núm. 99, septiembre-diciembre, 503-560).
- (2015). Enriquecimientos injustos en la compensación económica del trabajo doméstico (excesos y defectos en la interpretación del art. 1438 CC). *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 178, 2015, 5-80.
- (2016). Relaciones patrimoniales en el matrimonio e igualdad entre cónyuges (Paradojas y falacias de la compensación económica del trabajo doméstico del art. 1438 CC), en GARCÍA AMADO, J.A. *Razonar sobre derechos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 573-684.
- (2019). Aporías y distorsiones en la pensión compensatoria por separación o divorcio: A propósito de su paradójica concepción laboralista en la reciente jurisprudencia civil. *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 226, 5-50.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019). *Derecho de Familia, Principios de derecho civil VI*. Madrid: Marcial Pons.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, D. (2006). La aplicación analógica de la pensión compensatoria como criterio de resolución de las reclamaciones económicas entre los convivientes. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*. Núm. 16. BIB 2006/1685.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2020). *Hijos de uno solo de los cónyuges y sociedad de gananciales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MARTÍN FUSTER, J. (2019). La compensación por Trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil: Una visión desde la realidad social actual. *Revista de Derecho de Familia*, núm. 84.
- MORENO FLÓREZ, R.M, (2018). El trabajo para la casa en el régimen de separación de bienes ¿exclusivo, o compatible con una actividad remunerada?, en *RDC*, vol. V, núm. 4, 233-279.
- ORDÁS ALONSO, M. (2017). *La cuantificación de las prestaciones económicas en las rupturas de pareja*. Barcelona: Bosch.
- PARDILLO HERNÁNDEZ, A. (2017). *El derecho de familia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- PÉREZ CONESA, C. (2012). Otra oportunidad para sentar jurisprudencia. ¿Cómo se compensa la dedicación a la familia en régimen de separación de bienes? Doctrina jurisprudencial a partir de la Sentencia de 14 de julio de 2011 en

- relación con el artículo 1438 del Código civil. *Revista doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, vol. 1, núm. 11 (marzo), BIB 2012/283, 45-49.
- PÉREZ MARTÍN, A.J. (2020). *La liquidación del régimen de separación de bienes*. Córdoba, Lexfamily.
- RECHE TELLO, N. (2020). ¿Por qué habría que incorporar el derecho fundamental a conciliar la vida personal y laboral en la Constitución?, *Boletín del Movimiento Carmona*, marzo. [https://www.valedordopobo.gal/es/essential\\_grid/por-que-habria-que-incorporar-el-derecho-fundamental-a-conciliar-la-vida-personal-y-laboral-en-la-constitucion-por-nuria-reche-tello-graduada-social-ejerciente-doctora-en-estud/](https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/por-que-habria-que-incorporar-el-derecho-fundamental-a-conciliar-la-vida-personal-y-laboral-en-la-constitucion-por-nuria-reche-tello-graduada-social-ejerciente-doctora-en-estud/)
- RIBERA BLANES, B (2004). *La contribución a las cargas del matrimonio en el régimen de separación de bienes*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ RUIZ, B (2015). La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral, o de la dimensión doméstica de la ciudadanía, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 103, enero-abril, 355-384)=.
- ROZALÉN CREUS, L. (2019). *Validez y eficacia de los pactos matrimoniales*. Pamplona: Aranzadi.
- SANTOS MORÓN, M.J. (2015). Prestación compensatoria y compensación por trabajo doméstico. ¿Dos caras de una misma moneda?, Barcelona, *Indret*, 1-50.
- SERRANO CHAMORRO, M.E. (2014). *Las parejas de hecho y su marco legal*. Madrid: Reus.
- TORRALBO RUIZ, A. (2011). *El rol de la mujer en el Código civil. Especial referencia a los efectos personales del matrimonio*. Salamanca. [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM\\_EstudiosInterdisciplinariosGenero\\_TorralboRuiz\\_A.pdf?sequence=3&isAllowed=y](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorralboRuiz_A.pdf?sequence=3&isAllowed=y)
- VARA GONZÁLEZ, M. (2019). Indemnización por el trabajo para la casa: Jurisprudencia de derecho de familia, visto 26 de febrero de 2021. <https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-jurisprudencia-de-derecho-de-familia/>
- (2020). Revisión crítica de la indemnización por el trabajo para la casa (art. 1438 CC), visto 10-3-2021. [https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20\(art.](https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20(art.)
- VERDERA IZQUIERDO, B (2013). Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal. *Revista Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 209-250.

#### PÁGINAS WEBS UTILIZADAS

- <https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/familia/prestacion-compensatoria/>
- [https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20\(art.](https://superbiajuridico.es/texts/revision-critica-de-la-indemnizacion-por-el-trabajo-para-la-casa-art-1438-cc/#:~:text=1438%20CC.,la%20reforma%20de%201975%20(art.)
- [https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793\\_867132.html](https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793_867132.html),
- <https://www.20minutos.es/noticia/4599685/0/condenado-pagar-60-000-euros-exmujer-trabajo-domestico/>

- <https://www.compromisorse.com/rse/2019/02/20/la-brecha-de-genero-en-la-conciliacion-representa-un-89-del-pib/>
- <https://hayderecho.com/2016/01/05/las-sorpresas-del-regimen-de-separacion-de-bienes-la-compensacion-por-trabajo-domestico/>
- [https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM\\_EstudiosInterdisciplinariosGenero\\_TorrallboRuiz\\_A.pdf?sequence=3&el=1\\_T11](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorrallboRuiz_A.pdf?sequence=3&el=1_T11)
- <https://www.que.es/2016/07/29/201607291043-reparto-tareas-clave-para-estabilidad/>

## NOTAS

<sup>1</sup> [https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793\\_867132.html](https://cadenaser.com/ser/2021/02/24/internacional/1614190793_867132.html), Sentencias que han ordenado compensar a mujeres divorciadas por los trabajos domésticos realizados durante su matrimonio en base a un empobrecimiento real de esa persona y la liberación del otro miembro. Al no participar en este trabajo se le permite beneficiarse del resultado de realizar estas actividades sin costos ni aportes.

<sup>2</sup> <https://www.20minutos.es/noticia/4599685/0/condenado-pagar-60-000-euros-exmujer-trabajo-domestico/>

<sup>3</sup> Continúa la existencia del denominado techo de cristal que dificulta a las mujeres el acceso los puestos de responsabilidad y toma de decisiones en las empresas, en la política y, en general, en todos los ámbitos de la vida social, política y económica.

<sup>4</sup> <https://www.compromisorse.com/rse/2019/02/20/la-brecha-de-genero-en-la-conciliacion-representa-un-89-del-pib/> Según el informe, que analiza el coste de oportunidad de la brecha de género en el ámbito de la conciliación, las mujeres dedican dos horas más al día que los hombres al hogar y la familia. Teniendo en cuenta el número de hombres y mujeres en edad de trabajar que realizan tareas del hogar y cuidados de familiares, así como el tiempo dedicado a estas tareas, se obtiene que los hombres en España dedican, en conjunto, 37,5 millones de horas al día a los cuidados y tareas del hogar; frente a las 87 millones de horas que dedican las mujeres. La brecha de género en la conciliación representa un 8,9% del PIB.

<sup>5</sup> TORRALBO RUIZ, 2011.

[https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM\\_EstudiosInterdisciplinariosGenero\\_TorrallboRuiz\\_A.pdf?sequence=3](https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/101364/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_TorrallboRuiz_A.pdf?sequence=3). El Código civil declara un trato igualitario a hombres y mujeres. Su redacción ya no es el reflejo de aquella sociedad patriarcal dominada por el varón, sino que la realidad social actual llama a atender a ese principio de igualdad incorporado en la Constitución.

En su 11 dispone «el artículo 57 del Código civil sentó las bases de la denominada «autoridad marital» al señalar: «El marido debe proteger a su mujer y esta obedecer al marido, imponiendo un deber de obediencia a la esposa. Se establece, así, una injusta diversidad sexual basada en la supuesta inferioridad de la mujer y en la pretendida superioridad del varón. De esta figura deriva un jefe de familia y una esposa subordinada al mismo».

<sup>6</sup> *Vid.* SAP de Valencia de 7 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 274492). Se permite el régimen de separación, como supletorio de segundo grado, a través del artículo 1374 del Código civil por aplicación del supuesto de disolución de la sociedad de gananciales del artículo 1373 del Código civil o en los casos de disolución de la sociedad de gananciales, o cuando se disuelve el régimen de participación al amparo del artículo 1416 del Código civil.

<sup>7</sup> VARA, 2019, reflexiona sobre la indemnización por el trabajo para la casa del artículo 1438 del Código civil.

<sup>8</sup> PÉREZ MARTÍN, 2020, 11-13. GUTIERREZ SANTIAGO, 2015, 8 y sigs.

<sup>9</sup> STS de 14 de julio de 2011 (*RJ* 2011, 5122).

<sup>10</sup> Estas sentencias flexibilizan la exigencia de que el trabajo para la casa sea exclusivo, entendiéndose que es posible compatibilizarlo con el trabajo fuera del hogar, en el presente caso un supuesto muy particular: trabajo en el negocio del consorte.

<sup>11</sup> Este supuesto hoy en día es difícil de encontrar pero quedan algunos casos. Hace años entraban a trabajar en la casa las llamadas chicas de servicio, o empleadas de hogar internas. Desde los 14 años abandonaban sus casas, su pueblo, acudían a servir a casa de la señora o del señor y allí continuaban hasta que se casaban o hasta que el amo/a fallecía; ese contacto tan directo y tan largo podía determinar que después de tanto tiempo esa persona continuaba en el hogar familiar de algún hijo o bien se atendía en una residencia.

<sup>12</sup> El artículo 90 referente al convenio regulador, el artículo 97 sobre la pensión económica para el caso de desequilibrio económico de un cónyuge en relación con la posición del otro si hay empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, habla de compensación que puede consistir en pensión temporal o indefinida o prestación única, y en la que se tendrá en cuenta la dedicación pasada y futura a la familia así como la colaboración en actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

<sup>13</sup> CABEZUELO ARENAS, 2009 y 2004 sobre la validez de los pactos en relación a la pensión compensatoria.

<sup>14</sup> ROZALÉN CREUS, 2019, 70.

<sup>15</sup> MORENO FLÓREZ, 2018, 240.

<sup>16</sup> CUENA CASAS, 2016.

<sup>17</sup> La investigación, publicada en *American Sociological Review*, se nutre de una comparación entre parejas casadas hasta 1974 frente a los matrimonios de años posteriores. <https://www.que.es/2016/07/29/201607291043-reparto-tareas-clave-para-estabilidad/> En las parejas casadas antes de 1975, los investigadores observaron que cuanto mayor es el porcentaje de tareas del hogar realizadas por la mujer, menor es la probabilidad de fracaso matrimonial. No ocurre lo mismo en los matrimonios contemporáneos: «Las parejas casadas más recientemente tienen expectativas diferentes en cuanto al reparto de tareas. Las mujeres esperan que los hombres también pongan de su parte». No obstante, el estudio muestra que, incluso en los matrimonios más recientes, las mujeres hacen de media más del 70% de las tareas del hogar.

<sup>18</sup> LASARTE ÁLVAREZ, 2019, 62 y sigs.

<sup>19</sup> VERDERA IZQUIERDO, 2013, 211 y sigs.

<sup>20</sup> Artículo 66 del Código civil: «Los cónyuges son iguales en derechos y deberes».

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ RUIZ, 2015, 360. Añadiendo en su p. 370. Recuerda en este sentido el Tribunal Constitucional que la prohibición de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad, en la vida social y jurídica, de la población femenina, singularmente en el ámbito del empleo y de las condiciones laborales, situación que se traduce en dificultades específicas de la mujer para el acceso al trabajo y su promoción dentro del mismo». A la configuración legal de medidas de conciliación de vida familiar y laboral como un derecho tanto de madres como de padres trabajadoras/es, en una clara apuesta por promover la corresponsabilidad familiar con fines antidiscriminatorios, premisa para avanzar hacia un modelo integrador de ciudadanía.

<sup>22</sup> RECHE TELLO (2020) afirma que nuestra Constitución de 1978, siendo ambiciosa en el reconocimiento de un extenso catálogo de derechos, no deja de ser fruto de su época y por tanto ignora los problemas específicos de la mitad de la ciudadanía y de ese espacio privado o doméstico que tradicionalmente nos han asignado a las mujeres. De ahí que su reconocimiento constitucional —en la idea de una segunda generación de derechos sociales con perspectiva de género— supondría la deconstrucción de la dicotomía público/privado como elemento generador de desigualdades. Añadiendo que pese a que en el ordenamiento jurídico se han ido aprobando normas para la prohibición de discriminación por causas relacionadas con el sexo 'femenino', así como de medidas específicas para conciliar el trabajo con el cuidado de la familia, no será hasta comienzos del nuevo siglo cuando se aborde un cambio de paradigma, planteando la perspectiva del reparto de responsabilidades familiares como una estrategia para alcanzar la igualdad efectiva de mujeres y hombres, siendo ahora este el objetivo principal que afrontan los derechos de conciliación y superando así el de la mera protección de la familia.

<sup>23</sup> 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, en este sentido (GUILARTE MARTÍN-CALERO, 2015, 9). Afirma (ORDÁS ALONSO, 2017, 480) que por esta compensación, la coherencia global de este sistema económico matrimonial queda en entredicho y su esencia se enturbia, deforma y desnaturaliza en gran medida, por aproximarse al régimen de participación en las ganancias, o por brindar al cónyuge acreedor un trato más favorable, incluso al que habría resultado de liquidar una hipotética sociedad de gananciales.

<sup>24</sup> Concluye (ARRÉBOLA BLANCO, 2019, 274) que la compensación del trabajo doméstico se erige sobre un modelo de indemnización por las oportunidades profesionales y académicas perdidas a causa de su desarrollo durante el régimen de separación de bienes. El reconocer de manera generalizada la procedencia de indemnizaciones por daños familiares alcanzaría resultados incongruentes.

<sup>25</sup> Considera que debiera ser reconocida la indemnización del artículo 1438 del Código civil a todos los que concilian la vida laboral con el trabajo doméstico. (CABEZUELO ARENAS, 2017).

<sup>26</sup> SAP de Madrid de 11 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 133599) Fundamento de derecho 3.º: «...Debe tenerse presente que el artículo 1438 que ahora se analiza fue introducido por la reforma llevada a cabo por la Ley de 13 de mayo de 1981, cuya filosofía inspiradora fue la de instaurar un régimen de igualdad entre el marido y la mujer en todos los órdenes, y por tanto, tal sistema familiar de igualdad ha de referirse no solamente tanto a los derechos, sino también a los deberes, en consonancia con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código civil, en cierto modo aplicables, por cuanto que los deberes de ayuda mutua se traducen en la colaboración y en la atención por parte de ambos cónyuges a las cargas familiares, afrontando cada cual distintos y diversos cometidos, sin que, reiteramos, haya probado la esposa la exclusividad en el cumplimiento de todos ellos; de tal modo que, a falta de acto concreto o convenio entre los cónyuges, a propósito del cumplimiento de tal deber jurídico, y como quiera que no se ha probado la existencia de acuerdo expreso sobre el modo de hacer frente a esas cargas, ha de entenderse, a falta de prueba en contrario, que el esposo ha contribuido a dichas cargas de igual manera que la recurrente, y por cuanto que la comunidad de vida que entraña el matrimonio tiene lugar en régimen de igualdad jurídica entre los cónyuges, de tal manera que la desigualdad natural o material, según la posición de uno y otro en el ámbito matrimonial y en el círculo de las tareas y los trabajos en el hogar, en la esfera personal, familiar y laboral, y a fin de obtener el crédito o indemnización que establece el artículo 1438, exige una cumplida demostración, so pena, de conculcar el espíritu de dicho precepto, generando un enriquecimiento injusto o sin causa.

A mayor abundamiento, cabría añadir, para concluir, que, en principio, el artículo 1438 resulta ser un precepto contradictorio e incongruente con la filosofía inspiradora de la reforma legislativa señalada, que sin duda tuvo en cuenta el mandato del artículo 14 de la Constitución Española, en relación al principio de igualdad entre los españoles, y, si bien es cierto que tal precepto puede tener acomodo en legislaciones en las que todavía un cónyuge prevalece sobre el otro, no parece que tenga mucho sentido en nuestro actual ordenamiento jurídico...».

<sup>27</sup> Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021 (*JUR* 2021, 83352).

<sup>28</sup> Argumenta la tesis de la sobrecontribución o sobreaportación como medida para garantizar la proporcionalidad en (ORDÁS ALONSO, 2017, 483).

<sup>29</sup> LÓPEZ PELÁEZ, 2020, 26 y 40, acude al concepto de carga familiar.

(*vid.* CREMADES GARCÍA, 2008, 3) distingue las tareas cotidianas de mantenimiento en las condiciones de habitabilidad de la vivienda, de los especiales cuidados requeridos por los hijos, ascendientes y personas dependientes de los cónyuges.

<sup>30</sup> Entiende (COSTAS RODAL, 2015) que el nivel económico de la familia es un necesario referente a la hora de determinar la cuantía a la que pueden ascender esos gastos para ser considerados carga del matrimonio. Enumera distintas tareas domésticas como preparar comidas, poner y recoger la mesa, limpiar la cocina, limpiar la casa, hacer la compra, hacer las camas, lavar y planchar la ropa, realizar pequeñas reparaciones, cuidar mascotas y plantas, trabajo de administración del hogar. (DEL OLMO GARCÍA, 2013).



<sup>31</sup> GARCÍA CANTERO, 2018, 56. Añade en su página 59 que la potestad doméstica es un concepto jurídico indeterminado variable a tenor de la clase social a que pertenece la familia y de otras circunstancias concurrentes.

<sup>32</sup> STS de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3502).

<sup>33</sup> STS de 26 de noviembre de 2012 (*RJ* 2012, 7943).

<sup>34</sup> SAP de Valladolid de 6 de abril de 2015 (*JUR* 2015, 125317) precisando: Supone pues la compensación una recompensa para quién ha contribuido más o lo ha hecho a costa de la pérdida de expectativas personales, económicas o profesionales respecto de quien ha contribuido menos y la contribución del otro le ha supuesto una mejora de su formación, proyección y desarrollo profesional.

SAP de Valladolid de 4 de mayo de 2001 (*JUR* 2001, 224140). En el caso de autos, el matrimonio ha convivido más de treinta años, dedicándose la esposa a las tareas domésticas y a la educación de sus dos hijas, sin que conste otra actividad laboral que una esporádica relación de asesoramiento con una de las empresas del esposo, retribuida simbólicamente con un sueldo anual de 1.500.000 pesetas de media y sin reflejo en la vida laboral de la interesada a efectos de subsidios futuros (jubilación, incapacidad, etc.), mientras que el esposo ha estado percibiendo anualmente un sueldo de cerca de siete millones de pesetas.

<sup>35</sup> SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 19455) en su ficha 4 declara: «La dedicación de D.<sup>a</sup> Leonor a los hijos comunes y al hogar, como antes se dijo, no parece en el supuesto de autos intensa, o significativamente superior a la del exmarido; constante el matrimonio se dedicó tiempo a sí misma, a ocio y formación, las tareas del hogar en algún tiempo se realizaron por empleada de servicio doméstico, el exesposo contribuyó igualmente al cuidado y atención de los hijos, sobre todo en aspectos médicos, y en la realización de actividades de conservación, reparación y mantenimiento del inmueble que constituye domicilio familiar, así como de gestiones económicas relativas a la familia, de donde no resulta aquí un trabajo para la casa en términos que pudieran hacer a la recurrente acreedora de una compensación a su favor por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1438 del Código civil».

<sup>36</sup> Los gastos destinados a satisfacer las necesidades primarias de la familia, en el sentido del artículo 142 del Código civil, conforme al nivel de vida de la misma, determinado por sus medios económicos, y las necesidades secundarias, hobbies, vacaciones, concertación de seguros... si existe acuerdo entre los cónyuges.

<sup>37</sup> STS de 11 de febrero de 2005 (*RJ* 2005, 1407).*Vid.* AGUILERA RULL, 2012, sobre su fundamento.

<sup>38</sup> SAP de Almería de 17 de febrero de 2003 (*JUR* 2003, 78479).

<sup>39</sup> STS de 31 de enero de 2014 (*RJ* 2014, 813).

<sup>40</sup> MORENO FLÓREZ, 2018, 235.

<sup>41</sup> Se podría decir que el cónyuge que realizó la actividad laboral se benefició del trabajo doméstico del otro, pero no puede perderse de vista que este, a su vez, compartió los ingresos obtenidos por aquél, ambos contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, solo que de distinta manera.

<sup>42</sup> VERDERA, 2013, 228.

<sup>43</sup> PÉREZ MARTÍN, 2020, 39 y sigs. ofrece un estudio detallado y claro en función de varios factores.

<sup>44</sup> SAP de Asturias de 18 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 274936).

<sup>45</sup> SAP de Valencia de 14 de diciembre de 2016 (*JUR* 2017, 41027).

<sup>46</sup> SAP de Madrid de 11 abril (*JUR* 2014, 133599). De la sentencia extraemos los siguientes datos: «En ningún caso consta acreditado que la esposa se haya encargado de un modo directo, único y exclusivo, de las tareas del hogar y de los trabajos domésticos habituales,... constante la convivencia pacífica, esta familia ha contado con los servicios de empleada interna, quien se ocupaba de las tareas cotidianas del hogar: planchado, cocina, limpieza ordinaria... etc., la que incluso llevaba y traía a las hijas comunes de casa al centro escolar, y, de no poder esta llevarlo a cabo, padre y madre por igual, lo efectuaban. Tampoco se discute que para las hijas comunes se empleaban los servicios de comedor escolar, así como que realizaban diversas actividades extraescolares, de donde la progenitora disponía de tiempo libre considerable para dedicárselo a sí misma, sin que a nada conmuevan las



alegaciones vertidas a lo largo del proceso referidas a órdenes, directrices y supervisiones del personal de servicio, que no implican una ocupación sensible al hogar y a la familia ..... podemos considerar que ambos esposos han contribuido al sostenimiento de las cargas del matrimonio, y que no acreditado lo contrario, lo han hecho proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos y sus correspondientes situaciones personales y posibilidades, no pudiéndose aseverar que haya concurrido una posición distinta tan esencial o significativa entre uno y otro que justifique la pertinencia del derecho señalado en el artículo 1438 antes citado, o que motive, ni tan siquiera, una cuantificación de tal derecho inferior a la que señala la parte actora ..... la dedicación de la ex esposa a las hijas comunes y al hogar, como antes se dijo y ahora se reitera, ni ha sido exclusiva, ni se revela intensa por razón del trabajo desempeñado, aun esporádicamente, al margen del hogar, por la contratación de interna para la realización de las tareas domésticas, y por el tiempo dedicado por D.<sup>a</sup> Tamara a sí misma».

<sup>47</sup> STS de 29 de septiembre 2020 (RJ 2020, 3770).

<sup>48</sup> STS de 14 de abril de 2015 (RJ 2015, 1528).

<sup>49</sup> STS 26 abril 2017(RJ 2017, 1720).

<sup>50</sup> CABEZUELO ARENAS, 2017,14, considera que la STS de abril de 2017 acaba discriminando a quienes compaginan de facto dedicación exclusiva a los quehaceres caseros con actividades retribuidas en función de la procedencia de los fondos.

<sup>51</sup> La STS de 28 de febrero de 2017 (RJ 2017, 673).

<sup>52</sup> GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2015.

<sup>53</sup> STS de 25 de noviembre 2015 (RJ 2015, 5322). Destaca el fundamento de derecho 2º: «Es evidente que, con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral. Pero también lo es que no todos los ordenamientos jurídicos españoles admiten la compensación para el cónyuge que contribuye a las cargas del matrimonio con su trabajo en casa cuando la relación termina (Navarra, Aragón y Baleares) y que aquellos que establecen como régimen primario el de la sociedad de gananciales, que permite hacer comunes las ganancias, no impiden a marido y mujer convenir otro distinto, como el de separación de bienes, en el que existe absoluta separación patrimonial pero en el que es posible pactar con igualdad el reparto de funciones en el matrimonio y fijar en su vista los parámetros a utilizar para determinar la concreta cantidad debida como compensación y la forma de pagarla por la dedicación a la casa y a los hijos de uno de ellos, lo que no ocurre en aquellos otros sistemas en los que se impone como régimen primario el de separación de bienes y en el que, salvo pacto, no es posible regular convencionalmente aspectos de este régimen, como el de la compensación, que se establece en función de una serie de circunstancias distintas de las que resultan del artículo 1438 del Código civil, como es el caso del artículo 231.5 del Código civil de Cataluña en el que se tiene en cuenta el mayor trabajo de uno de los cónyuges para el caso (“sustancialmente”), así como el incremento patrimonial superior,....».

<sup>54</sup> STSJ de Cataluña de 8 de julio de 2011 (RJA 6406).

<sup>55</sup> SAP de Sevilla de 16 de julio de 2014 (JUR 2014, 283207).

<sup>56</sup> COSTAS RODAL (2015).

<sup>57</sup> STS de 26 de marzo de 2015 (RJ 2015, 1170). *Vid.* (GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2015).

<sup>58</sup> La proyección laboral no se debe tratar como una simple expectativa (VERDERA IZQUIERDO, 2013, 222) hay que comprobar si voluntariamente se ha hecho dejación de la incorporación al mundo laboral.

<sup>59</sup> Esta pérdida de oportunidad es, por tanto, (CHAPARRO MATAMOROS, 2019, 7) un daño en sí misma considerada, sin que sea necesaria la existencia de un correlativo enriquecimiento o aumento patrimonial del otro consorte.

<sup>60</sup> SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000 (RJA 142570).

<sup>61</sup> SAP de Valencia de 14 de julio de 2005 (JUR 202778).

<sup>62</sup> STS de 20 de febrero de 2018 (RJ 2018, 568).

<sup>63</sup> Estima (ARRÉBOLA BLANCO, 2019, 427) que el derecho a que el trabajo doméstico sea compensado se convierte en un crédito ordinario, disponible, transmisible, compensable, renunciante, transigible, embargable y prescriptible, una vez reconocido.

<sup>64</sup> LASARTE ÁLVAREZ, C. (2019, 248).

<sup>65</sup> SAP de Asturias de 26 de febrero de 2018 (*JUR* 2018, 118836) donde se valora únicamente la compensación atendiendo al SMI anual.

<sup>66</sup> STS de 5 de mayo 2016 (*RJ* 2016, 2219).

<sup>67</sup> Auto del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021 (*JUR* 2021, 83352).

<sup>68</sup> RDGRN de 30 de noviembre de 2016 (*RJ* 2016, 5933): Acuerdan ambos cónyuges permutar las indicadas fincas y respecto de la diferencia de valor se dice que lo es por compensación que le corresponde a doña Delia como contribución a las cargas del matrimonio conforme al artículo 1438 del Código civil que se cuantifica en la cantidad de...».

<sup>69</sup> SAP de Córdoba de 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 286726).

<sup>70</sup> SAP de La Coruña de 12 de enero de 2017 (*JUR* 2017, 24502).

<sup>71</sup> VERDERA, 2013, 239.

<sup>72</sup> STS de 11 de diciembre de 2019 (*RJ* 2019, 5090).

<sup>73</sup> Establece el fundamento de la compensación por trabajo doméstico valorando el valor de las aportaciones realizadas (SANTOS MORÓN, 2015, 35).

<sup>74</sup> PARDILLO HERNÁNDEZ, 2017, 370. *Vid.* GUTIÉRREZ SANTIAGO, 2019, 11 y sigs.

ATSJ de Navarra de 10 de enero de 2004 (*RJ* 2004, 2476) exponiendo que el trabajo para la casa se computará cuando este sea desproporcionado en relación a la aportación del otro cónyuge, al momento de la extinción del régimen de separación.

<sup>75</sup> Ante la realidad de los numerosos casos de parejas de hecho que surgen y se rompen (SERRANO CHAMORRO, 2014, 230) la jurisprudencia ha tenido que resolver muchas peticiones de los convivientes prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o voluntad unilateral solicitando el reconocimiento de una pensión compensatoria.

<sup>76</sup> Opinión compartida también por (CREMADES GARCÍA, 2008,12).

<sup>77</sup> STS de 24 de noviembre de 1994 (*RJ* 1994, 8946) declarando que las uniones extra-matrimoniales no son equiparables a las uniones matrimoniales. En los casos de ruptura no procede aplicar el artículo 1438 del Código civil.

<sup>78</sup> STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148). *Vid.* BERMÚDEZ BALLESTEROS, 2011. *Vid.* LÓPEZ JIMÉNEZ, 2006 en relación a la aplicación de las normas del matrimonio a las parejas de hecho.

<sup>79</sup> STS de 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 76).

<sup>80</sup> DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, 2018.

<sup>81</sup> ORDÁS ALONSO, 2017, 667.

## Repaso jurisprudencial al sistema transmisivo de la propiedad del título y modo

### *Jurisprudential review of the property transmission system of the title and mode*

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA  
*Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,  
Universidad Francisco de Vitoria*

**RESUMEN:** El sistema de título y modo es el sistema más característico de transmisión de la propiedad y derechos reales de nuestro ordenamiento. La peculiar yuxtaposición de estos dos elementos hace que se transmita el dominio de una forma compleja y peculiar, y que la falta de cualquiera de ellos impida que podamos hablar de un nuevo propietario con todo lo que ello conlleva de efectos frente a terceros. Analizamos en este artículo los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para que se produzca la efectiva transmisión de la propiedad a través de este sistema, sus efectos y su categorización como tal, con el fin de explicar realmente cuándo se produce, o no, la transmisión dominical.

**ABSTRACT:** *He title and mode system is the most characteristic system of transmission of property and real rights in our legal system. The peculiar juxtaposition of these two elements means that the domain is transmitted in a complex and peculiar way, and that the lack of any of them prevents us from talking about a new owner with all that this entails of effects against third parties. In this article we analyze the requirements established by jurisprudence for the effective transmission of property to take place through this system, its effects and its categorization as such, in order to really explain when the Sunday transmission occurs or not.*

**PALABRAS CLAVE:** Propiedad. Transmisión. Sistema de título y modo. Contrato. *Traditio*. Derechos reales.

**KEY WORDS:** *Property. Transmission. Title and mode system. Contract. Tradition. Real state rights.*

**SUMARIO:** I. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO: CUESTIONES GENERALES.—II. REQUISITOS DEL SISTEMA TÍTULO Y MODO: CONTRATO TRASLATIVO Y TRADICIÓN: 1. CONTRATO TRASLATIVO. 2. *TRADITIO*.—III. CONCLUSIONES.—IV. RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. SISTEMA DE TÍTULO Y MODO: CUESTIONES GENERALES

El sistema general de transmisión de los derechos reales en España es el del título y el modo.

En nuestro peculiar sistema, para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales, es necesario que confluayan dos elementos: el título (contrato que produce la modificación jurídico-real), y el modo, la *traditio* o entrega de la cosa.

El Código civil no recoge expresamente este sistema ni lo enuncia, pero se deduce de los artículos 609 y 1095 del Código civil<sup>1</sup>, en virtud de los cuales queda claro que para la transmisión de la propiedad y otros derechos reales se necesita un contrato y la tradición; a diferencia de la transmisión de los derechos personales o de crédito, donde basta el acuerdo entre las partes.

Dos son, entonces, los elementos claves en la transmisión de la propiedad: el contrato antecedente y el traspaso posesorio (el título y el modo), y ambos elementos van unidos de tal forma que uno sin el otro no produce dichos efectos traslativos del derecho real y, por tanto, solo la yuxtaposición de ambos elementos, y cuando ambos existen y son válidos, se produce la transmisión del derecho real de forma efectiva. La STS de 19 de junio de 2014 define perfectamente el sistema de título y modo: «El Derecho español recoge explícitamente la doctrina del título y el modo como modo de adquirir el derecho de propiedad, conforme a los artículos 609 y 1095 y copiosa jurisprudencia: Sentencias del 10 de mayo de 2004, 5 de octubre de 2005, 14 de junio de 2007, 13 de noviembre de 2009, 2 de diciembre de 2010. El título es el acto por el que se establece la voluntad de enajenación del derecho. El modo es el acto por el que se realiza efectivamente la enajenación por el transmitente, que es adquisición por el adquirente. A su vez, el modo está ligado al título en que se basa y le da su fundamento jurídico. Es decir, nuestro Derecho acoge la teoría del título y el modo, con el sistema de tradición (modo) basada en el negocio jurídico precedente (título): tradición causal».

Los dos elementos integrantes de este sistema están, en consecuencia, unidos por un nexo causal, pues el título es la *iusta causa* de la *traditio*. Por tanto:

a) Si solo existe título, se generarán obligaciones, sobre todo surgirá la obligación de entrega de la cosa, pero no habrá derecho real sobre la misma. En este sentido se manifiesta claramente la STS de 18 de septiembre de 1996, ante la interposición de una tercería de dominio, que no prosperó pues los terceristas no adquirieron el derecho real de propiedad al existir únicamente con carácter previo al embargo un contrato de compraventa privado, obligacional. Afirma esta sentencia: «El hecho de que existiesen esos contratos no prueba más que el ejecutado y los terceristas contrajeron vínculos obligatorios exclusivamente, pues del contrato de compraventa no nacen más que las obligaciones principales de entrega de la cosa y la de pagar el precio convenido (art. 1445 CC). La propiedad no se adquirirá más que cuando la cosa sea entregada, cuando se efectúe la «traditio» para ello (arts. 609 y 1095 CC). Por lo tanto, el que con el visado de los contratos privados adquirieron estos fecha auténtica para terceros (art. 1227 CC) nada dice contra el acreedor ejecutante que embargó las viviendas, pues el dominio puede perfectamente continuar en poder del deudor en el momento de la traba, si no ha cumplido con su obligación de entrega». O, como insiste el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 22 de junio de 2009, «los requisitos del título y modo, cuya concurrencia es necesaria para la adquisición del dominio en virtud de un contrato de compraventa, dado el carácter obligacional de esta y la *traditio ficta* que entraña, instrumentada en documento privado, debe estar

acompañada de la acreditación de la puesta en posesión material de la cosa vendida a los compradores»; en el mismo sentido, la STS de 6 de marzo de 2006.

b) Si solo existe entrega de la cosa, pero no está fundada en un justo título, solo habrá un desplazamiento posesorio, que no implica transmisión de la propiedad, de modo que el *tradens* sigue siendo propietario y el *accipiens* nunca habrá llegado a serlo, y el primero podrá ejercitar acción real reivindicatoria frente al segundo o terceros.

Por tanto, la entrega o el traspaso posesorio, en sí mismo, no sirve para transmitir el dominio si no va precedido de un negocio antecedente: causa, que es el título o contrato. De esta forma, nuestro sistema es esencialmente causalista, y la nulidad o invalidez del título afectaría al modo, o *traditio*, haciendo imposible la transmisión del derecho real.

Por eso, el hecho de que haya una entrega no puede, sin más, dar lugar a pensar que haya transmisión de la propiedad (por ejemplo, entrega de una cosa en garantía para que la guarde, para que la use, etc.). Y de igual forma, el simple acuerdo de voluntades o contrato para transmitir la propiedad no generará derecho real alguno entre los contratantes, impidiendo que puedan alegar tal derecho. El título es la *iusta causa traditionis*, como luego veremos, la que justifica la *traditio* o traspaso posesorio.

La jurisprudencia ha confirmado el sistema de título y modo, y la necesaria yuxtaposición de ambos elementos para la efectiva transmisión dominical, en numerosas sentencias, entre la que destacamos por su claridad, la STS de 14 de febrero de 2002, 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, conforme a la cual, —a diferencia de los sistemas legislativos en los cuales la propiedad se transmite por el solo hecho del contrato, sin que la entrega de la cosa tenga otra trascendencia que la de facultar materialmente el ejercicio de los derechos dominicales—; y como, inspirado en el sistema romano, la propiedad no se transmite por la mera perfección del contrato, si no es seguida de la tradición y así se desprende de los artículos 609 y 1095, es decir que solo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario «*ius ad rem*» en un «*ius in re*». Confirman esta misma tesis, las SSTS de 14 de mayo de 2009, 13 de noviembre de 2009 y 2 de diciembre de 2010, entre muchas otras.

Nos acogemos, por tanto, a la tesis mayoritaria que es la tesis o doctrina clásica en cuanto al sistema transmisivo de la propiedad en nuestro país, apartándonos de otras tesis como la del simple título (Francia), o acuerdo abstracto (Alemania)<sup>2</sup>.

Sentada la idea general de la necesidad de que confluyan ambos elementos para la transmisión del dominio, es necesario que nos paremos ahora a estudiar dichos requisitos: el contrato antecedente y la *traditio*.

## II. REQUISITOS DEL SISTEMA TÍTULO Y MODO: CONTRATO TRASLATIVO Y TRADICIÓN

### 1. CONTRATO TRASLATIVO

El artículo 609 del Código civil, ya mencionado, establece que la propiedad y los derechos reales se transmiten «como consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición».

Esos «contratos» son el título material necesario para que se produzca la transmisión del derecho real; es decir, se trata acuerdos de voluntades que tienen como finalidad producir dicha transmisión o el intercambio de manos de los bienes en virtud de alguna de las causas propias de los contratos transmisivos de la propiedad: sea compraventa, sea permuta, sea aportación a una sociedad... La teoría de título y modo se aplica solo a verdaderos contratos, quedando fuera, entonces, otros modos de adquirir el dominio como la usucapión o sucesión, y se aplica tanto para contratos traslativos del derecho de propiedad como otros derechos reales (STS de 10 de julio de 1997).

No debe olvidarse que ellos solos no son capaces de que la transmisión jurídica real se produzca eficazmente ya que, como recuerda la RDGRN de 19 de enero de 1994, ante la posibilidad de que pudiera inscribirse un derecho real de propiedad por la sola voluntad de las partes, por un reconocimiento de dominio, afirma: «Es indudable que, en nuestro sistema jurídico, el solo acuerdo de voluntades, aun cuando vaya seguido de la *traditio* carece de virtualidad para provocar la transmisión del dominio. Se precisa para ello un título material oneroso o gratuito, que ponga de manifiesto la contraprestación o la liberalidad en virtud de la cual se opera y tiene efecto la voluntad transmisiva y cuyo título ha de ir seguido de la tradición». Y continúa explicando la necesidad de que conste ese contrato antecedente ya que «para la inscripción de cualquier título traslativo se requiere que aparezca manifiestamente como tal, en virtud de la causa onerosa, o gratuita que lo determine, ya que es el único medio de que el registrador, al calificar tenga en cuenta los requisitos de capacidad y de forma que exige la Ley y, en consecuencia, el carácter de título material adecuado para operar la transmisión».

No puede olvidarse que el solo título (contrato antecedente), por sí mismo, no produce la transmisión dominical, sino solo un *ius ad rem*, que necesitará de la tradición para su conversión en *ius in re*, y que, por tanto, del simple contrato solo surgen acciones personales para su defensa (STS de 14 de febrero de 2002)<sup>3</sup>.

Como contrato que es, para la perfección del título, debe producirse la unión de la oferta y aceptación entre ambas partes contratantes, en cuya virtud sea posible esa transmisión dominical o del derecho real en cuestión. Pero, claro, quedan fuera del sistema de título y modo todos aquellos contratos que no sean capaces por sí mismos de provocar la modificación jurídico real. Así, no cabe duda de que un contrato de arrendamiento, por ejemplo, nunca será título, en un sistema de título y modo, porque dicho contrato no produce *per se* una modificación jurídico real, sino solo personal.

Además, no todos los contratos que sean traslativos de dominio o de un derecho real son «título» como elemento clave del sistema de título y modo, pues ya adelanta el artículo 609 del Código civil, que son «ciertos contratos», es decir, no todos los que sean capaces de producir la modificación jurídico real (aunque esto sea condición necesaria para ello). De este modo, queda fuera, por ejemplo, el contrato de donación. A pesar de ser un contrato que por sí mismo produce la transmisión de la propiedad a título gratuito, no se somete la adquisición de la propiedad del donatario a este sistema, sino que basta para ello su aceptación.

Por último, tampoco serán título a efectos del sistema de título y modo, aquellos contratos que transmitan un derecho real que no sea poseisible; es decir, que sea imposible que a ese contrato siga la *traditio*, porque no es posible entregar la cosa sobre la que recae el derecho real que se quiere constituir o transmitir ya que ese derecho real no lleva aparejada posesión (STS de 10 de julio de 1997)<sup>4</sup>. Este es el caso, por ejemplo, del contrato de hipoteca, del que luego surgirá

el derecho real de hipoteca. Como la hipoteca no lleva aparejada posesión, no puede producirse la tradición efectiva de la cosa, la transmisión de la posesión de aquella, pues la hipoteca (inmobiliaria) carece de aquella.

## 2. *TRADITIO*

El modo o *traditio*, en un primer momento, se ha configurado como la entrega de la cosa, el desplazamiento posesorio. No obstante, esta primera aproximación se ha ido matizando, y, hoy, debemos entender que la *traditio* o tradición es, propiamente, la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa de dominio, y no cualquier desplazamiento posesorio sin más.

De este modo, la STS de 18 de septiembre de 1996 considera que ciertos actos posesorios por parte de unos terceristas no constituyen *traditio*, ya que esta debe implicar la entrega efectiva de la cosa: «Así las cosas, el problema a resolver es si los actos posesorios realizados por los terceristas antes del otorgamiento de la escritura pública son significativos de que adquirieron la propiedad de sus viviendas con anterioridad a la traba del embargo... aborda una cuestión estrictamente jurídica, cual es la de determinar si aquellos actos configuran el concepto jurídico de tradición, que es la entrega y recepción de un objeto con el ánimo de transmitir y adquirir, respectivamente, su propiedad (tratándose del contrato de compraventa)», y tras examinar esos actos posesorios, concluye «viviendas objeto de venta «se estaban construyendo» cuando los terceristas las adquirieron en sus contratos privados, por lo que los actos posesorios que pudiesen realizar antes de la terminación del objeto comprado, de que viniese a existencia, en modo alguno tienen la significación de que ya han adquirido la propiedad, pues ese objeto no existe. Otra cosa es que el vendedor permita o tolere aquellos actos posesorios para perfeccionar o acomodar el deseo de los compradores a la vivienda que posteriormente, una vez construida, les ha de entregar. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de dejar sin sentido jurídico las obligaciones posteriores a esa hipotética entrega del promotor-vendedor».

En este sentido, CLEMENTE DE DIEGO afirma que la *traditio* es «un modo de adquirir el dominio, derivativo y singular que consiste en la transmisión de la posesión de la cosa de una persona a otra, ambas, capaces con el intento de que la última se haga propietaria»<sup>5</sup>.

La STS de 8 de mayo de 1982 afirma que «la tradición no ha de entenderse siempre como traslado material físico de la cosa que se transmite mediante un contrato y ni siquiera una entrega en absoluto limpia de todo defecto». Por tanto, la entrega en un primer momento parece sencilla si se entiende como puesta a disposición, sin embargo, existen supuestos muy diferentes que no son entregas físicas o materiales, que también son tradición, por ejemplo, los contemplados en el artículo 1463 del Código civil, que suponen la espiritualización de la tradición.

Así entendida la tradición, como la transmisión de la posesión jurídica con finalidad traslativa, y no solo como entrega física o material de la cosa, se comprende la existencia de distintos tipos o clases de tradiciones, apartados de la que se denomina tradición real, que es la entrega material de la cosa. De este modo, junto a la tradición real, encontramos otros modos de tradición que denominamos tradición ficticia o simbólica, que son formas espiritualizadas de tradición, pues no implican un efectivo desplazamiento de la cosa. Por tanto, la tradición puede entenderse en un doble sentido:



a) Sentido estricto o real: entrega de la cosa o traspaso posesorio con intención de transmitir la propiedad. La tradición real es la entrega efectiva, de la posesión de hecho sobre la cosa, se traspasa el poder efectivo sobre la misma; hay un desplazamiento posesorio efectivo. En este sentido, el artículo 1462.1 del Código civil señala que, «se entenderá entregada la cosa vendida, cuando se ponga en poder y posesión del comprador».

Esta tradición real puede consistir en una entrega material, física, completa, de la cosa. Pero no es imprescindible que se llegue al extremo físico, también puede tener lugar la entrega mediante la adquisición del control de la cosa, así se pone de manifiesto en el artículo 1463 del Código civil al establecer que la entrega de los bienes muebles puede efectuarse «por la entrega de las llaves del lugar o sitio donde se hallan almacenados o guardados...».

Y en el mismo sentido, es tradición real el cortar o medir, y apartar la mercancía individualizada, que queda depositada a disposición del comprador.

b) Sentido amplio: todo acto que se haga equivalente a aquellos actos de entrega posesoria y por consiguiente también los puramente simbólicos o incluso los ficticios. En efecto, junto a la tradición real se encuentra la tradición fingida (*traditio ficta*), en la que no se da un traspaso o entrega efectiva de la cosa, poder y posesión, sino un signo que la representa, como ficción de entrega, produciendo los mismos efectos que esta. Por tanto, la transmisión del dominio no va ligada al traspaso material de la posesión de la cosa, sino a la entrega de algo accesorio que representa a lo principal. Como modos ficticios de la tradición<sup>6</sup>, encontramos la tradición simbólica, a través de la entrega de símbolos que representan la cosa, como llaves o los títulos de pertenencia (1463 y 1464 CC), y la tradición instrumental, a través del otorgamiento de escritura pública (1462.2 CC)<sup>7</sup>. Incluso, no podemos olvidar que la espiritualización de la tradición en nuestro ordenamiento ha alcanzado cuotas elevadas, admitiéndose también la tradición consensual, con el simple acuerdo de voluntades, en los casos que describe el 1463 para bienes muebles que no pueden entregarse al *accipiens*, o para los inmuebles cuando el *accipiens* ya tenía la posesión, o el *tradens* se la reserva para sí mismo, como es el caso de la *constitutum possessorium*, que llega incluso a calificarse como tradición ficta, perfectamente válida por nuestra jurisprudencia, como hace la STS de 10 de julio de 1997: «Se designa con el nombre de *constitutum possessorium* aquella especie de *traditio ficta* en la que el transmitente continúa poseyendo la cosa como arrendatario, depositario, etc., es decir, el poseedor inmediato (transmitente) continúa con la cosa, pero pasando a reconocer la posesión mediata de otro (el adquirente). El Código civil no la prevé expresamente, pero se puede considerar que cabe en la tradición instrumental del artículo 1462, segundo párrafo o en el 1463». En definitiva y tal y como recoge la STS de 7 de septiembre de 2007, como doctrina jurisprudencial, «...lo que importa para la transmisión del dominio mediante compraventa no es el pago del precio, sino que el contrato o acuerdo de voluntades venga acompañado de la tradición en cualquiera de las formas admitidas en derecho».

Por ello, necesitamos reflexionar cuáles son los elementos o requisitos de la *traditio* para poder entenderla como tal y así identificarla en los distintos casos, con el fin de ver si se ha producido o transmitido la propiedad o el derecho real en cuestión en cada uno de ellos.

## 2.1. ELEMENTOS DE LA *TRADITIO*

El modo o *traditio* tiene los siguientes elementos:

### a) *Acuerdo de voluntades de transmitir y adquirir el derecho real*

Representado por la intención de transmitir y de adquirir la propiedad en el transmitente (*tradens*) y en el adquirente (*accipiens*) respectivamente.

Por tanto, para que exista una auténtica transmisión de la propiedad, es necesaria la voluntad o la intención de las partes de transmitir la cosa que se plasma en el título; tiene que existir un acuerdo de voluntades, real, sobre la transmisión. Por eso, tal y como hemos dicho, si el acuerdo de voluntades no es transmisivo de un derecho real, no habrá nunca efectivo traslado jurídico real.

### b) *Traspaso posesorio*

Consiste en la entrega de la cosa o transmisión posesoria hasta la persona adquirente con consentimiento de ambas partes sobre el traspaso y con eficacia real. Por tanto, es la ejecución del acuerdo de voluntades mediante la «transmisión de la posesión jurídica» (que no siempre requiere transmisión material o corporal de la cosa, como ya hemos adelantado, al convivir los supuestos de tradición ficticia). Pero, en cualquier caso, el traspaso posesorio debe suponer siempre la entrega efectiva de la cosa (real o *ficta*), pues no bastará alegar meros actos posesorios, o meras suposiciones posesorias acompañadas de un documento privado para concluir que ha existido verdadera *traditio* y entrega de la cosa<sup>8</sup>.

### c) *Iusta causa traditionis: sistema causal*

La *traditio* no es un negocio jurídico abstracto, sino que precisa una justa causa, fundamento o motivo inmediato que justifique la actuación de las partes, por ejemplo, un contrato de compraventa. Por tanto, para que tenga lugar la transmisión de la propiedad es necesario un título (negocio jurídico que produce la modificación jurídico-real), que origina la transmisión.

El título es algo distinto de la mera voluntad transmisiva (el acuerdo de voluntades ya citado), es, precisamente, el negocio jurídico que origina dicha transmisión (el contrato antecedente), y por ello se dice que es la *iusta causa traditionis*, y de allí que nuestro sistema sea eminentemente causal. De este modo, cualquier defecto o vicio del título (contrato) influye en la transmisión de la propiedad, pues si la causa está viciada, o no existe, no se produce aquella. Por tanto, la *traditio* por sí sola no sirve para transmitir el dominio si no va precedida de un negocio jurídico antecedente: causa remota: título o contrato, más traspaso posesorio. Nuestro sistema causalista, o clásico, se funda en los artículos 609 y 1462 a 1464 del Código civil que recogen la *traditio*. La *iusta causa traditionis* es, en consecuencia, el contrato antecedente que justifica o produce esa transmisión (vgr. la compraventa).

En los sistemas abstractos (como el alemán), la *iusta causa traditionis* es el acuerdo abstracto traslativo con eficacia real, al que nos hemos referido como

primer elemento de la *traditio*, que es totalmente independiente del negocio jurídico que hayan celebrado las partes, con mera eficacia obligacional.

Las diferentes consecuencias en los sistemas causalistas o abstractos de transmisión de la propiedad son claras. En el sistema abstracto, como el alemán, cualquier vicio o nulidad del título (contrato transmisivo) es irrelevante o indiferente para la efectiva trasmisión del derecho real, pues aquel no es la causa de la tradición, y está desvinculado del mismo, de modo que la eventual resolución o nulidad del contrato antecedente no afecta a la transmisión jurídico real, pues no es la causa de esta, sino que lo es el mero acuerdo traslativo de voluntades. Así las cosas, la nulidad del contrato de compraventa de un inmueble, no afectaría a la efectiva transmisión de la propiedad del mismo, si hay acuerdo abstracto transmisivo (las partes se ponen de acuerdo en transmitir, independientemente de la causa) y, en el caso alemán, va seguido de la inscripción en el Registro de la Propiedad.

Por el contrario, en nuestro sistema de título y modo, la nulidad, resolución, o en definitiva cualquier tipo de ineficacia contractual del título, influye, afecta y determina al modo o *traditio*, impidiendo que se produzca, a su vez, una válida y eficaz transmisión dominical o jurídico real.

Esto es así, porque nuestro sistema es eminentemente causalista, y ello se extiende también a la *traditio* que no tiene sentido sin su causa, que es, precisamente, el título o contrato transmisivo.

Hay quien defiende la posibilidad de un sistema abstracto de transmisión de la propiedad en España, basándose en el artículo 1277 del Código civil que establece una presunción de causa, entendiéndola como necesidad de presumirla cuando aquella no existiera; sin embargo, esta presunción no alcanza a la existencia o no de la causa, sino tan solo a su expresión o no. Se trata de una mera presunción procesal, que indica que cuando no se hubiere expresado la causa, se presume que existe porque siempre hay una<sup>9</sup>.

Por último, no podemos olvidar que para que la tradición tenga eficacia requiere siempre:

- a) El transmitente sea propietario de la cosa, porque nadie puede transmitir lo que no tiene.
- b) El transmitente, además, posea la cosa (pues sino solo puede transmitir una obligación).
- c) El transmitente y adquirente tengan capacidad e intención de adquirir y transmitir la propiedad.

Si se cumplen todos estos requisitos y elementos, habrá título y modo, y por lo tanto transmisión derivativa del derecho real en cuestión. La falta de alguno de ellos impide la transmisión eficaz a favor del adquirente del derecho real, sin que pueda, en consecuencia, alegar título dominical o real alguno a su favor, siendo el verdadero propietario (o titular del derecho real), aquel que lo esté transmitiendo.

### III. CONCLUSIONES

I. El sistema de título y modo es un peculiar sistema derivativo de transmisión de la propiedad y derechos reales poseíbles contemplando en nuestro ordenamiento y confirmado por la jurisprudencia de forma continua.

II. Este sistema requiere, para que se produzca eficazmente la transmisión del derecho real, la yuxtaposición de dos elementos: el título y el modo.

III. El título es un contrato capaz de producir *per se* la transmisión jurídico real de un derecho que lleva aparejada posesión. Pero este contrato no basta para que se produzca la transmisión, ya que, él, solo genera obligaciones para las partes, pero no derecho real alguno; no otorga, en consecuencia, acciones reales a su titular, y solo produce un *ius ad rem* sobre la cosa que se quiere transmitir.

IV. El modo o *traditio* supone la entrega de la posesión jurídica de la cosa al *accipiens*. Esa entrega puede ser real, (*traditio* real), con un efectivo desplazamiento posesorio de la cosa al adquirente, pero no basta cualquier acto posesorio sobre ella para que se entienda que hay *traditio*: solo lo será cuando suponga la efectiva entrega de la cosa y puesta en poder del *accipiens*.

V. La *traditio* se ha espiritualizado y puede ser ficticia: no se entrega la cosa, sino símbolo que la represente (*traditio* simbólica), o se otorga escritura pública (*traditio* instrumental), o incluso, no se llega a entregar la cosa ni siquiera ficticiamente porque se la reserva el *tradens* (*constitutum possessorio*). En todos estos casos hay verdadero modo, y se produce la transmisión de la propiedad o del derecho real.

VI. No puede olvidarse que la *traditio* está en íntima conexión con el título, pues este es la *iusta causa traditionis*, en coherencia con nuestro sistema causalista. No puede producirse la *traditio* en virtud del mero acuerdo abstracto de voluntades de transmitir la cosa, sino que siempre depende del título o contrato antecedente. De tal forma que la ineficacia de este provoca indudablemente la ineficacia de la transmisión jurídico real.

VII. Si se cumplen todos los requisitos y confluyen todos los elementos necesarios que se han puesto de relieve, habrá transmisión jurídico real; en otro caso, no podremos hablar nunca de un nuevo propietario o titular de un derecho real.

#### IV. RESOLUCIONES CITADAS

##### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 25 de marzo de 1969
- STS de 26 de febrero de 1980
- STS de 30 de octubre de 1980
- STS de 8 de mayo de 1982
- STS de 3 de noviembre de 1982
- STS de 8 de mayo de 1986
- STS de 14 de febrero de 1989
- STS de 28 de mayo de 1989
- STS de 5 de junio de 1989
- STS de 21 de julio de 1989
- STS de 31 de julio de 1989
- STS de 31 de octubre de 1989
- STS de 28 de noviembre de 1989
- STS de 6 de febrero de 1990
- STS de 6 de marzo de 1990
- STS de 20 de octubre de 1990
- STS de 12 de diciembre de 1992
- STS de 21 de julio de 1994

- STS de 20 de marzo de 1996
- STS de 18 de septiembre de 1996
- STS de 10 de julio de 1997
- STS de 21 de marzo de 1998
- STS de 21 de mayo de 2001
- STS de 14 de febrero de 2002
- STS de 10 de mayo de 2004
- STS de 1 de diciembre de 2004
- STS de 5 de octubre de 2005
- STS de 6 de marzo de 2006
- STS de 14 de junio de 2007
- STS de 7 de septiembre de 2007
- STS de 14 de mayo de 2009
- STS de 13 de noviembre de 2009
- STS de 2 de diciembre de 2010
- STS de 19 de junio de 2014

#### RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 19 de enero de 1994
- RDGRN de 7 de febrero de 2005

#### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 22 junio 2009

#### V. BIBLIOGRAFÍA

CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959). *Instituciones de Derecho civil español*, Madrid, España.

PASCUAL VICENS, C. (2011). Tema 37 notarias, disponible en [www. https://www.notariosyregistradores.com/oposidores/temasdeoposidores/n0-ci-037.htm](http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/temasdeoposidores/n0-ci-037.htm).

#### NOTAS

<sup>1</sup> Véanse los artículos 609 y 1095 del Código civil:

Artículo 609.2 del Código civil: «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»..

Artículo 1095 del Código civil: «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».

<sup>2</sup> En este sentido, las tesis referidas se enuncian de este modo, siguiendo en este punto a PASCUAL VICENS, C., (2011). Tema 37 notarias, disponible en [www. https://www.notariosyregistradores.com/oposidores/temasdeoposidores/n0-ci-037.htm](http://www.notariosyregistradores.com/oposidores/temasdeoposidores/n0-ci-037.htm)

«A) El sistema de transmisión consensual del dominio, propio del Derecho Civil Francés. Sistema este que, partiendo de la espiritualización de la Traditio, entiende que basta con el

mero contrato parta transmitir la propiedad, ya que la traditio no es más que la ejecución de la obligación contraída por el transmitente de poner la cosa a disposición del adquirente.

En consecuencia, para la validez de la transmisión basta el consentimiento, pero para su eficacia es necesaria la traditio.

Este sistema rige en muchos Códigos como el portugués, el belga, en el derecho inglés, holandés, entre otros.

B) Y el segundo de los sistemas es el sistema del acuerdo abstracto traslativo que tiene su origen en la Pandectística alemana capitaneada por SAVIGNY el cual interpretó el requisito de la *iusta causa traditionis* del derecho romano no en un sentido causal, sino abstracto, de manera que la propiedad se adquiere y transmite por simple acuerdo de las partes, seguido de la traditio, independientemente del negocio que motivó la transmisión. Y este sistema ha sido consagrado por el BGB alemán, en el cual: La propiedad de los bienes muebles se adquiere y transmite por la entrega de la cosa precedida de un acuerdo abstracto traslativo; y la propiedad de los bienes inmuebles, por un acuerdo abstracto unido a la inscripción en el Registro de la Propiedad que es constitutivo salvo excepciones».

<sup>3</sup> STS de 14 de febrero de 2002: «que solo la composición de los dos elementos, el título y el modo de adquirir, determina la transformación del originario «*ius ad rem*» en un «*ius in re*» (S. de 20 de octubre de 1990). Asimismo, es preciso constatar que de los contratos de compraventa solo surgen acciones personales, 4/5 y para poder acreditar la propiedad, con el fin de ejercitar los derechos correspondientes al dominio, se requiere la tradición, como se desprende de lo establecido en el artículo 1095 y en los artículos 1461 a 1465, todos ellos del Código civil».

<sup>4</sup> La STS de 10 de julio de 1997 establece claramente las pautas o supuestos de aplicación del sistema y título y modo con la siguiente frase: «Del propio artículo 609 se desprende que la teoría del título y el modo se aplica a la adquisición derivativa de los derechos reales —no solo el de propiedad— que sean poseíbles, es decir, que quepa entrega —y por contrato— no a los demás medios, como la sucesión o la usucapión».

<sup>5</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F. (1959). *Instituciones de Derecho civil*, Madrid.

<sup>6</sup> No puede olvidarse que un simple documento privado no puede considerarse como tradición ficta, y así lo ha establecido la jurisprudencia en varias ocasiones, sin que sea capaz, en consecuencia, de producir la transmisión jurídica. STS de 1 de diciembre de 2004: «Pues bien, es ahora el momento de traer a colación la teoría del título y el modo como requisitos esenciales para la adquisición o transmisión de la propiedad en nuestro derecho de la propiedad. La que supone lisa y llanamente que en el presente caso no se puede hablar de la existencia del segundo de los requisitos, y ello por no darse los datos suficientes para constituir una tradición —modo de adquirir— ni siquiera ficticia —“tradicito ficta”—, ya que es consolidada doctrina jurisprudencial la que determina que el efecto traslativo no se produce por el simple otorgamiento de un documento privado —S. de 28 de noviembre de 1989, como epítome—».

<sup>7</sup> Esta, la escritura pública, es además título inscribible en el Registro, en cuanto la misma puede incorporar tanto el título material transmisivo, como el modo (instrumental), teniendo valor traditorio pleno, tal y como establece la RDGRN de 7 de febrero de 2005: «La transmisión del dominio en el Derecho español se produce por la suma de título y modo, cuya simbiosis es el valor traditorio de la escritura pública (art. 1462.2 CC), que hace que el derecho real, al inscribirse, careciendo la inscripción de aptitud como modo traslativo, esté ya preconstituido en el documento inscribible, como título que incorpora al mismo tiempo el modo, entendiéndose así por título, para los efectos de la inscripción, como dice el artículo 33 del Reglamento Hipotecario, el documento público en que se funde inmediatamente el derecho. La escritura pública de compraventa formalizada ante Notario español es el instrumento de un contrato, pero, además, el título traslativo del dominio, que va a operar como tal en el tráfico jurídico. Es así, también, el título inscribible en el Registro de la Propiedad».

<sup>8</sup> Véase, la STS de 21 de marzo de 1998 que, en un caso de tercería de dominio, aclara este extremo, con cita de muchas otras resoluciones del Alto Tribunal: «es reiterada y uniforme la jurisprudencia interpretativa en el sentido de referir el momento de la justificación dominical del tercero a una fecha anterior a aquella en que se realizó la diligencia

de embargo, causante de la decisión restrictiva del tercero, que en la tercería se combate (Sentencias de 25 de marzo de 1969, 26 de febrero y 30 de octubre de 1980, 3 de noviembre de 1982, 8 de mayo de 1986, 5 de junio y 31 de julio e 1989, 6 de marzo de 1990); el dominio sobre la cosa, necesario para ejercitar la tercería solo nace cuando concurren título y modo, consumándose el contrato con la entrega del precio y de la cosa (Sentencia de 6 de febrero de 1990); la demostración cumplida y patente de la propiedad que al tercerista corresponde en virtud de la distribución del «onus probandi» entre los litigantes no puede basarse en documento privado que por sí solo no acredita la efectiva transmisión patrimonial pretendida, y para concluir que hubo entrega en el acto del otorgamiento del documento privado, de la posesión de la cosa vendida, no puede partirse de suposiciones y deducciones, pues la acción de tercería de dominio requiere para su viabilidad y acogimiento que el tercerista acredite el dominio pleno y excluyente (Sentencias de 14 de febrero de 1989, 28 de mayo, 21 de julio y 31 de octubre del propio año)

<sup>9</sup> En este sentido, la STS de 21 de mayo de 2001: «esta Sala tiene declarado que la presunción legal de la concurrencia de causa puede ser destruida mediante probanza en contrario (SSTS de 12 de diciembre de 1991 [RJ 1991, 8994] y 20 de marzo de 1996 [RJ 1996, 2228]), y que el artículo 1277 tiene el valor de una regla de carácter procesal, que supone la inversión de la carga de la prueba en beneficio del acreedor, a quien se exime, en principio, de acreditar la causa que subyace en el reconocimiento de la deuda, sin perjuicio de que el deudor pueda justificar que tal causa no existe o es ilícita, con la verificación del verdadero origen de la obligación (STS de 21 de julio de 1994 [RJ 1994, 6573]), y, en el supuesto del debate, no se ha demostrado la inexistencia de causa».



#### 1.4. Sucesiones

## La armonización fiscal de las transmisiones *mortis causa* a examen: De la autogestión financiera a la recentralización

### *The tax harmonization of mortis causa transfers under review: From self-management financial to recentralization*

por

MARÍA CRESPO GARRIDO

*Profesora titular de Hacienda Pública. Universidad de Alcalá*

**RESUMEN:** El Impuesto sobre Sucesiones es un tributo cedido a las regiones, como expresión de su autonomía fiscal y financiera, conferida por la Ley Orgánica de Financiación de las Comunidades Autónomas. A lo largo de los años cada territorio ha ejercido esta competencia de manera muy diversa, de forma que la tributación de las transmisiones lucrativas es muy dispar según el lugar en el que se realicen. Esta situación ha llevado a plantear, por parte de la Administración Central, la necesidad de establecer una tributación mínima en todo el territorio español, permitiendo que las autonomías legislen sólo en parte de la cuota del impuesto, de la misma forma que se hace con el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. En este artículo se afronta el debate doctrinal sobre la necesidad de establecer o no un impuesto uniforme en todo el territorio, limitando las competencias que se confirieron a las regiones como forma de financiación de los gastos previamente cedidos, tratando de conseguir un nivel de autogestión y responsabilidad financiera que hasta entonces no se había planteado.

**ABSTRACT:** *The Inheritance Tax is a tax assigned to the regions, as an expression of their fiscal and financial autonomy, conferred by the Organic Law of Financing of the Autonomous Communities. Over the years, each territory has exercised this competence in a very diverse way, so that the taxation of lucrative transfers is very uneven depending on the place where they are carried out. This situation has led the Central Administration to raise the need to establish a minimum taxation throughout the Spanish territory, allowing the autonomies to legislate only part of the tax quota, in the same way as is done with the Personal Income Tax. This article addresses the doctrinal debate on the need to establish or not a uniform tax throughout the territory, limiting the powers conferred on the regions as a way of financing previously assigned expenses, trying to achieve a level of self-management and financial responsibility that until then had not been raised.*

**PALABRAS CLAVE:** Imposición sobre Sucesiones. Financiación de comunidades autónomas. Armonización fiscal.

*KEY WORDS: Inheritance Taxation. Financing of Autonomous Communities. Fiscal harmonization.*

**SUMARIO:** I. CUESTIONES PRELIMINARES.—II. IMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN ESPAÑA: 1. DESARROLLO NORMATIVO DEL IMPUESTO POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 2. NIVELES RECAUDATORIOS DEL IMPUESTO EN CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA. 3. DIFERENCIAS NORMATIVAS Y NIVELES DE RECAUDACIÓN: *DUMPING* FISCAL O EJERCICIO DE LA POTESTAD FINANCIERA.—III. SOBRE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL BENEFICIARIO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 60/2018, DE 4 DE JUNIO.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ANEXOS.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES

En el proceso de transferencias a las comunidades autónomas en España se pueden identificar dos fases claramente diferenciadas. En un primer momento se llevó a cabo un traspaso de políticas de gasto<sup>1</sup>, tales como; educación, sanidad<sup>2</sup> o políticas sociales, para posteriormente asumir por parte de algunos territorios la administración de justicia, mientras que otras regiones decidieron no aceptar la transferencia de la competencia, o solicitar la competencia de prisiones. Transcurridos unos años de la asunción de las políticas de gasto se hizo necesario poner en valor que la corresponsabilidad fiscal, como condición previa para la contención del déficit y la deuda pública. Este proceso, de acuerdo a lo previsto en el artículo 150.2 de la Constitución el Estado transfirió, mediante Ley Orgánica<sup>3</sup>, las facultades correspondientes a la materia de titularidad estatal, susceptibles de delegación o transferencia, así como se realizó la correspondiente transferencia de los medios financieros oportunos. En consecuencia, aunque la materia es competencia estatal —que sea transferible por su propia naturaleza—, se traspasa a la comunidad autónoma alguna de las potestades, pues no se transfiere en bloque la materia<sup>4</sup>, ya que el Estado sigue manteniendo su titularidad, y podría revocar la transferencia, asumiéndola nuevamente, pues la transferencia no es irrevocable. El precepto establece que la transferencia debe ir acompañada de los medios financieros y económicos necesarios para que puedan asumirse las referidas competencias. Por todo ello, cuando se transfieren competencias normativas al efecto, el régimen previsto en el artículo 150.1 de la Constitución, se refiere a la facultad de dictar normas.

Sin embargo, la financiación de este proceso de descentralización financiero-fiscal, y su asunción por parte de los territorios, se realizó inicialmente tan solo mediante la cesión del rendimiento obtenido en las regiones, en virtud de la Ley 30/1983, reguladora de la Cesión de Tributos del Estado a las CCAA, en el marco en el que se cedía a los territorios el rendimiento de la recaudación obtenida por estos tributos, sin que las comunidades autónomas tuvieran potestad para corregir las normas estatales. Posteriormente, con motivo de la modificación de la LOFCA, en virtud de la Ley 3/1996, de 27 de diciembre, se prevé la posibilidad de dotar a las Regiones de la potestad sobre los tributos cedidos. Finalmente es la Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las comunidades autónomas y medidas complementarias, la que otorga competencia normativa a las comunidades autónomas sobre los impuestos cedidos<sup>5</sup>.

La cesión de tributos se amplió con la Ley 21/2001, al conceder transferencias en materia de IVA e impuestos especiales, de manera que se amplía la base

cuantitativa de recursos disponibles para las comunidades autónomas. Y fue en 2009 cuando la corresponsabilidad avanzó un estadio en la competencia normativa necesaria para poder articular la presión fiscal que les permitiera hacerse responsables de la financiación del gasto realizado en su comunidad autónoma<sup>6</sup>.

Por esto, la configuración de la estructura fiscal española responde a una descentralización de las competencias asumidas<sup>7</sup> por las comunidades autónomas a lo largo de los últimos veinte años, tanto desde la perspectiva de la captación de ingresos como de la generación del gasto público, expresión de la necesaria corresponsabilidad en la gestión.

El estado autonómico diseñado en la Constitución previó que la competencia legislativa originaria que le corresponde al Estado, se pudiera delegar en las Regiones en aras a que pudieran hacer uso de un instrumento que les permitiera materializar la autonomía financiera prevista en el artículo 156 de la Carta Magna. Pues solo así los gobiernos autonómicos podrían gozar de una auténtica autonomía financiera para el desarrollo y ejecución de sus competencias, con arreglo a los principios de solidaridad y bajo la coordinación de la Hacienda Central.

Y como tributo cedido<sup>8</sup>, el impuesto sobre sucesiones y donaciones responde a esta estructura financiera en virtud de la cual las comunidades autónomas, inicialmente percibían el rendimiento que por el mismo se hubiera generado en su territorio, y tras la entrada en vigor de la Ley de Financiación de las comunidades autónomas en 2009, se les confirió la competencia normativa que cada una desarrolló de manera diferente, como respuesta a la asunción de las diversas responsabilidades de gasto que iban aceptando los diferentes gobiernos regionales, de manera paulatina y desigual en cada territorio<sup>9</sup>.

## II. IMPLANTACIÓN DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES EN ESPAÑA

En el momento actual, la fiscalidad de las sucesiones en España es competencia de las comunidades autónomas, pues el tributo está configurado como un impuesto estatal cedido a las regiones, y así se determina legalmente, como un impuesto estatal común en todo el territorio nacional, excepción hecha del País Vasco y la Comunidad Foral de Navarra. Es por tanto, un impuesto estatal, cedido a las comunidades autónomas, no solo en su rendimiento sino en parte de la elaboración de la normativa que afecte a los ciudadanos que realicen transmisiones gratuitas en su territorio.

En particular, el artículo 3 de la Ley<sup>10</sup> establece que quedan sujetos al impuesto, entre otros, los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por una persona física por los siguientes títulos; herencia, legado o cualquier otro título sucesorio<sup>11</sup>.

Según lo previsto en la exposición de motivos de la Ley 29/1987 de 18 de diciembre, reguladora del impuesto sobre sucesiones y donaciones, la existencia del impuesto viene justificada por la redistribución de la riqueza, que no la renta, de los contribuyentes. Y su objetivo es evitar que se acumule la riqueza en determinados sujetos pasivos, *«que refuerzan el carácter redistribuidor del tributo, al mismo tiempo que contribuyen a mantener la justicia del gravamen»*. Por una parte, el impuesto grava la generación de una capacidad económica en un sujeto —el beneficiario— distinto de quien inicialmente ostentaba la titularidad del patrimonio, por lo que no cabe duda de la existencia de una capacidad de pago en un sujeto distinto, y en consecuencia la existencia de este gravamen no implica doble imposición económica ni jurídica.

Sin embargo, la base imponible del impuesto está constituida por una ganancia patrimonial que, en ocasiones, puede ser una plusvalía presunta, si es

que no se puede enajenar el bien, por el valor otorgado en el cálculo de la base liquidable. Por esto, el aparente carácter redistribuidor del patrimonio entra en colisión con la inexistencia de una distinción básica en el impuesto —que por cierto, sí se reconoce en el impuesto sobre el patrimonio— como es la consideración de una riqueza productiva e improductiva en la determinación de la cuota a satisfacer. A través de la aplicación de un límite conjunto entre la cuota del impuesto y la base del impuesto sobre la renta de las personas físicas, que no obligue a enajenar parte del patrimonio para hacer frente al pago de la deuda<sup>12</sup>. Pues, además, en ocasiones las transmisiones *mortis causa* a pesar de generar un aumento de la capacidad económica real del perceptor<sup>13</sup>, no le permite disponer de liquidez suficiente, ni siquiera para hacer frente al pago del tributo, poniendo de manifiesto una situación claramente confiscatoria, contraria al artículo 31.1 de la Constitución española<sup>14</sup>.

Y es que, por analogía, de la misma forma que en los impuestos que gravan la renta no se tienen en cuenta las revalorizaciones o las depreciaciones de los elementos patrimoniales —excepción hecha en el impuesto sobre sociedades si hay una Ley específica que lo permite— el impuesto sobre sucesiones debería gravar exclusivamente el incremento patrimonial que generara un aumento de la capacidad económica real y no presunta. Sin embargo, en ocasiones, la manera en la que se cuantifica la base imponible obliga a tributar por potenciales incrementos de capacidades de pago, y no ganancias patrimoniales reales. Y esto es así, especialmente en las transmisiones de bienes que sufren grandes oscilaciones de su valor en el mercado, como más adelante se analiza.

Por ello, el impuesto sobre sucesiones y donaciones técnicamente no genera doble imposición ni económica ni jurídica<sup>15</sup>, pero puede provocar un exceso de gravamen, como consecuencia de la inclusión en la base imponible de plusvalías presuntas. Y, en ciertos casos, puede colisionar con el principio de no confiscatoriedad, consagrado en la Constitución, al obligar a que el sujeto enajene parte del patrimonio adquirido de forma gratuita, para hacer frente al pago del tributo.

Por otro lado, en el momento actual se está poniendo en cuestión la autonomía normativa de los territorios, y el Estado central pretende recuperar en parte la competencia normativa del impuesto, estableciendo una tarifa común en todo el territorio, bajo el argumento de la existencia de una votación por pies en el país, que lleva a que los españoles formalicen sus herencias en aquellas regiones en las que el impuesto es menos gravoso.

Esta crítica a la supuesta existencia de un *dumping* fiscal dentro del territorio español no es algo nuevo, ya que la cesión de las competencias a las comunidades autónomas se puso en cuestión en la propuesta de reforma fiscal planteada por el Comité de Expertos en 2014<sup>16</sup>, en la que se proponía una tributación mínima en todo el territorio, con una tarifa impositiva constituida por tres tramos, aplicables según el grado de parentesco con el causante, pero sin relación alguna con el patrimonio preexistente del beneficiario. La progresividad del impuesto se garantizaba con un único mínimo exento fijado por el Gobierno central, eliminando gran parte de las reducciones aplicables a la base imponible.

No obstante, a pesar de estas recomendaciones, el texto aprobado el 28 de noviembre de 2014, solo recoge una tarifa estatal aplicable para aquellos casos en los que la comunidad autónoma no haya desarrollado una escala específica para su territorio, en la que se mantienen los tramos existentes previamente, sin referencia a los planteamientos hechos por la Comisión de Expertos nombrada para el análisis de la reforma del sistema tributario español, garantizándose así la autonomía normativa prevista en el año 2009.

## 1. DESARROLLO NORMATIVO DEL IMPUESTO POR PARTE DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El impuesto se exige en la totalidad del territorio español, atribuyéndose a las comunidades autónomas su rendimiento<sup>17</sup>, sin perjuicio de la aplicación de los regímenes tributarios forales vigentes en el País Vasco y en la Comunidad Foral de Navarra. Para el resto del territorio común los artículos 32<sup>18</sup> y 48<sup>19</sup> de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las comunidades autónomas de régimen común y ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, establecen que las comunidades autónomas tienen capacidad para regular los siguientes elementos esenciales del tributo:

- Reducciones de la base imponible en las transmisiones *mortis causa*.
- La tarifa del impuesto.
- La fijación de la cuantía del patrimonio preexistente y los coeficientes multiplicadores aplicables en el cálculo de la cuota tributaria.
- Las deducciones y bonificaciones de la cuota.
- La regularización de la gestión y la liquidación del impuesto.

Para aquellos territorios que no hayan hecho uso de sus competencias, se aplicará la legislación estatal desarrollada al efecto. Y todas aquellas regiones que hagan uso de la competencia normativa que les confiere la LOFCA, podrán modular la carga fiscal de los beneficiarios de transmisiones lucrativas *mortis causa* según consideren. De manera que, una recuperación de las competencias normativas en materia de: reducciones, tarifa, multiplicadores, beneficios fiscales y/o gestión del impuesto, requiere que previamente la Ley Orgánica de Financiación de las comunidades autónomas así lo contemple, pues supone la eliminación de las competencias conferidas por una Ley Orgánica que pretendió mejorar el grado de autogestión de los gobiernos regionales.

Por otro lado, el pago del impuesto exige la cuantificación de la base imponible, constituida por el valor real de los bienes transmitidos, sin perjuicio de la comprobación por parte de la Administración. En este sentido, la exposición de motivos de la Ley prevé que se «*impone a los interesados la obligación de consignar en sus declaraciones el valor real que atribuye a los bienes y derechos adquiridos, pero reserva a la Administración la facultad de comprobar ese valor por los medios generales a que se refiere el artículo 52 de la Ley General Tributaria. Se sigue con ellos el criterio tradicional de que la base imponible en el impuesto sobre sucesiones y donaciones está constituida por el valor real de los bienes y derechos, por lo que se deducen las cargas y deudas que minoran ese valor. Por otra parte, se aprovechan los cambios de titularidad de los bienes para actualizar la base imponible en el impuesto sobre el patrimonio, y, en consecuencia, el valor que se obtenga de la comprobación se declara aplicable en el mismo para efectos de la liquidación a girar a cargo de los adquirentes*»<sup>20</sup>. La cuantificación de la base imponible según el «valor real» hace que, en ocasiones este valor no esté en consonancia con el incremento de capacidad económica real, producida como consecuencia de la adquisición gratuita, no porque no se haya producido tal plusvalía sino porque la ganancia patrimonial real sea menor a la cuantificada por la Administración, tras la verificación de la autoliquidación realizada por el contribuyente.

La comunidad autónoma es así competente para la actualización de la base imponible declarada por el contribuyente de manera provisional. Sin embargo,

en ocasiones, estos valores «reales» no se corresponden con el incremento de capacidad económica «real», pues los bienes no son fácilmente enajenables o lo son por valores muy inferiores a los que la comunidad autónoma contempla en sus tablas o según los valores aportados en sus procedimientos de revisión de los tributos. O simplemente, la comprobación de valores se realiza de una manera tan alejada de la realidad que el importe consignado en la base imponible no es el precio que se pactaría entre partes independientes, a pesar de consignar como tal el valor de mercado.

En aplicación de las competencias normativas conferidas, algunas regiones han mejorado las reducciones aplicables en su territorio en transmisiones realizadas entre parientes pertenecientes a los Grupos I y II<sup>21</sup>, si bien el desarrollo competencial es muy dispar. Sin ánimo de hacer un análisis exhaustivo de la normativa regional, se recogen algunas de las particularidades fiscales desarrolladas por las comunidades autónomas, con la intención de poner en conexión los beneficios reconocidos, con los niveles de recaudación que más adelante se analizan.

Respecto a cuestiones cualitativas, todas las regiones, excepto La Rioja, equiparan la situación de las parejas de hecho, reconocidas en el registro correspondiente con la situación familiar derivada de un matrimonio civil. El acogimiento familiar preadoptivo se equipara a la adopción permanente en Andalucía, Asturias, Castilla-La Mancha y Cantabria.

En cuanto a los beneficios aplicables a los parientes incluidos en los grupos I y II, el impuesto es prácticamente inexistente en Andalucía, Cantabria, Murcia, Extremadura y Madrid. Y existen beneficios aplicables en: Cataluña, Galicia, Asturias, La Rioja, Valencia, Aragón, Castilla-La Mancha, Canarias, Baleares y Castilla y León.

Para las personas unidas por un parentesco que les sitúa en el grupo III se les aplican mejoras a las reducciones estatales en Galicia, Cantabria, Aragón y Canarias. Y se les aplican bonificaciones autonómicas sobre la cuota en Canarias y Madrid.

La transmisión de la vivienda habitual se mejora a través de reducciones propias en: Cataluña, Galicia, Andalucía, Asturias, Cantabria, Valencia, Aragón, Canarias, Baleares y Madrid. Establecen bonificaciones de la cuota y reducciones en La Rioja y Aragón.

Respecto a las medidas concretas aplicadas en cada territorio;

Galicia incrementa las reducciones previstas en la norma estatal para las transmisiones entre personas que pertenezcan a los grupos I y II y las adquisiciones realizadas por personas discapacitadas. Prevé una reducción por la adquisición de bienes afectos a actividades económicas y adquisición de explotaciones agrarias. Y establece unos tipos de gravamen muy inferiores a los aplicables en el resto del territorio español.

Asturias reconoce una reducción por adquisición de la vivienda habitual, que se gradúa en función del valor del inmueble, a cuya transmisión se le aplica una bonificación de la cuota del 95%. Así como una reducción por la adquisición *mortis causa* de empresas individuales o participaciones en entidades. Se prevé una bonificación aplicable en las transmisiones de los grupos I y II, gradual, en función del patrimonio preexistente del beneficiario.

Cantabria contempla mejoras en las reducciones aplicables adquisiciones realizadas por personas con discapacidad y en las transmisiones de la vivienda habitual.

El País Vasco es una comunidad autónoma en la que cada una de las provincias tiene una normativa del impuesto diferente y reconoce reducciones para la transmisión de la vivienda habitual del causante, previa convivencia, reducciones por parentesco, diferentes a las existentes en la normativa estatal, así como exenciones para ciertas transmisiones.

Navarra prevé la exención de las adquisiciones *mortis causa* de fincas rústicas o explotaciones agrarias, para las adquisiciones de obligaciones y bonos de caja emitidos por los bancos industriales, con ciertos requisitos y la transmisión de la empresa individual a favor del cónyuge y parientes hasta tercer grado, con ciertos requisitos.

Cataluña mejora la reducción prevista para los beneficiarios de los dos primeros grupos, así como las aplicables a las personas con discapacidad y mayores de 75 años, con unos límites cuantitativos absolutos. Establece una bonificación de la cuota del 99% para los herederos de los grupos I y II y aplica una horquilla de bonificaciones entre el 57-99% para los herederos que pertenezcan a otros grupos de parentesco.

Madrid, además de mejorar la reducciones aplicables a los parientes de los grupos I y II y discapacitados, reconoce una reducción específica aplicable a las adquisiciones de vivienda habitual y empresa individual, y es aplicable una reducción a las indemnizaciones recibidas de las Administraciones públicas a los herederos de los afectados por el síndrome tóxico. Prevé una bonificación de la cuota del 99% para los herederos que pertenezcan a los grupos I y II y de entre el 10-15% para los pertenecientes al grupo III<sup>22</sup>.

Valencia prevé una bonificación de la cuota del 75% para parientes del grupo I y discapacitados y del 50% para los del grupo II.

Por su parte La Rioja bonifica en un 99% la cuota si la base no excede de 500.000 euros y si la base excede de esta cantidad, la bonificación es del 98%.

Aragón bonifica el 100% de las cuotas correspondientes a bases imponibles que no excedan de tres millones de euros.

Toda esta diversidad normativa se pone de manifiesto en los niveles de recaudación que se exponen a continuación. Como se ve en la tabla siguiente, el total de ingresos obtenidos por las regiones de régimen común en concepto de todos los tributos cedidos supera —no solo el impuesto sobre sucesiones— los 13 millones de euros. Habiéndose experimentado un crecimiento entre 2018 y 2019 de más de 129.000 millones de euros<sup>23</sup>.

## 2. NIVELES RECAUDATORIOS DEL IMPUESTO EN CADA COMUNIDAD AUTÓNOMA

En los ingresos recogidos más abajo se incluyen todos los tributos cedidos; impuesto sobre transmisiones patrimoniales, impuesto sobre el patrimonio, impuesto sobre sucesiones y donaciones, tasa sobre el juego, ... Se puede observar cómo los niveles de recaudación más altos se realizan en Madrid, Cataluña, Valencia, Andalucía, ... y sin embargo, las regiones en las que se recaudan importes inferiores son: La Rioja, Extremadura, Cantabria o Asturias.



TABLA 2. Tributos cedidos gestionados por las CCAA de Régimen Común. Recaudación obtenida por las CCAA. Ingresos 2019 con respecto al 2018. (miles de €)

Comunidad autónoma	Recaudación		Variación		Porcentaje sobre el total	
	2019	2018	Absoluta	En porcentaje	2019	2018
Andalucía	2.099.917	2.188.914	-88.997	-4,1	15,4	16,2
Aragón	382.818	429.193	-46.375	-10,8	2,8	3,2
Asturias	228.142	246.145	-18.003	-7,3	1,7	1,8
Baleares	772.365	813.481	-41.116	-5,1	5,7	6,0
Canarias	426.978	451.860	-24.882	-5,5	3,1	3,3
Cantabria	182.614	182.441	173	0,1	1,3	1,4
Castilla y León	588.654	563.887	24.767	4,4	4,3	4,2
Castilla-La Mancha	462.764	449.866	12.898	2,9	3,4	3,3
Cataluña	3.424.572	3.211.857	212.715	6,6	25,1	23,8
Extremadura	164.456	176.658	-12.202	-6,9	1,2	1,3
Galicia	555.615	600.315	-44.700	-7,4	4,1	4,4
Madrid	2.164.755	2.010.782	153.973	7,7	15,9	14,9
Murcia	324.857	321.384	3.473	1,1	2,4	2,4
La Rioja	72.722	75.316	-2.594	-3,4	0,5	0,6
Valencia	1.784.169	1.783.513	656	0,0	13,1	13,2
Total	13.635.398	13.505.612	129.786	1,0	100,0	100,0

Fuente: Ministerio de Hacienda (2020): Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionados por CCAA de régimen común y por tributos concertados, convenidos y propios de las Comunidades forales <https://www.hacienda.gob.es/CDI/Impuestos/RecaudacionDefinitiva2019.pdf#page=49&zoom=140,-64,382>

Entre 2018 y 2019 la recaudación total ascendió un 1% en todo el territorio nacional aunque se produjo un descenso en Andalucía (4%), Aragón (11%), Asturias (7%), Baleares (5%), Canarias (5,5%), Extremadura (6,9%), Galicia (7,4%) y La Rioja (3,4%), que se vio compensado con el crecimiento del 6,6% de Cataluña, donde la recaudación alcanzó los 3.424 millones de euros y Madrid (7,7%), donde la recaudación alcanzó los 2.164 millones de euros.

En el capítulo de tributos cedidos, el impuesto sobre sucesiones adquiere un papel preponderante, como recoge la tabla siguiente, pues el montante total de recaudación por este impuesto supera los 2.300 millones de euros —el 17% del total de impuestos cedidos— y presenta una distribución territorial muy desigual. Siendo Cataluña, Madrid y Andalucía los territorios en los que la recaudación es mayor. Y en regiones como Madrid, en la que las transmisiones de parientes

pertenecientes a los grupos I y II están bonificadas en un 99%, la recaudación ha aumentando en más de 80 millones de euros, en los dos últimos años, a pesar de que la tendencia mayoritaria del resto de las comunidades autónomas ha sido descendente respecto a 2018.

Títulos cedidos - Capítulo I - Impuesto sobre sucesiones y donaciones  
(miles de €)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2019	2018	Absoluto	En porcentaje	2019	2018	2019	2018
Andalucía	261.395	299.347	-37.952	-12,7	100,0	100,0	11,1	12,7
Almería	16.376	19.035	-2.659	-14,0	6,3	6,4	0,7	0,8
Cádiz	30.593	30.464	129	0,4	11,7	10,2	1,3	1,3
Córdoba	37.601	36.409	1.192	3,3	14,4	12,2	1,6	1,6
Granada	28.137	39.759	-11.622	-29,2	10,6	13,3	1,2	1,7
Huelva	9.029	10.279	-1.250	-12,2	3,5	3,4	0,4	0,4
Jaén	18.668	26.258	-7.590	-28,9	7,1	8,8	0,8	1,1
Málaga	64.357	61.364	2.953	4,9	24,6	20,5	2,7	2,6
Sevilla	56.634	75.779	-19.145	-25,3	21,7	25,3	2,4	3,2
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Aragón	104.458	140.042	-35.574	-25,4	100,0	100,0	4,4	6,0
Huesca	23.197	22.474	723	3,2	22,2	16,0	1,0	1,0
Teruel	8.798	8.318	480	5,6	8,4	5,9	0,4	0,4
Zaragoza	72.473	109.250	-36.777	-33,7	69,4	78,0	3,1	4,7
Asturias	68.254	78.316	-10.062	-12,8	100,0	100,0	2,9	3,3
Oviedo	68.254	78.316	-10.062	-12,6	100,0	100,0	2,9	3,3
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	110.570	110.907	-337	-0,3	100,0	100,0	4,7	4,7
Baleares	110.570	110.907	-337	-0,3	100,0	100,0	4,7	4,7
Canarias	26.518	43.773	-17.255	-39,4	100,0	100,0	1,1	1,9
Las Palmas	12.542	22.179	-9.637	-43,5	47,3	50,7	0,5	0,9
S. C. de Tenerife	13.976	21.594	-7.618	-35,3	52,7	49,3	0,6	0,9
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cantabria	33.619	35.206	-1.589	-4,5	100,0	100,0	1,4	1,5
Cantabria	33.619	35.206	-1.589	-4,5	100,0	100,0	1,4	1,5
Castilla y León	188.467	180.747	7.720	4,3	100,0	100,0	8,0	7,7
Ávila	9.325	5.503	3.822	69,5	4,9	3,0	0,4	0,2
Burgos	38.771	35.038	3.733	10,7	20,6	19,4	1,6	1,5

*La armonización fiscal de las transmisiones mortis causa a examen*

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2019	2018	Absoluto	En porcentaje	2019	2018	2019	2018
León	34.051	32.962	1.089	3,3	18,1	18,2	1,4	1,4
Palencia	13.095	16.468	-3.373	-20,5	6,9	9,1	0,6	0,7
Salamanca	20.674	22.591	-1.917	-8,5	11,0	12,5	0,9	1,0
Segovia	13.026	9.896	3.130	31,6	6,9	5,5	0,6	0,4
Soria	8.819	9.415	-599	-6,4	4,7	5,2	0,4	0,4
Valladolid	37.260	26.309	951	2,6	19,8	20,1	1,6	1,5
Zamora	13.446	12.532	884	7,0	7,1	7,0	0,6	0,5
Castilla-La Mancha	70.552	66.364	4.188	6,3	100,0	100,0	3,0	2,8
Albacete	15.732	13.003	2.729	21,0	22,3	19,6	0,7	0,6
Ciudad Real	16.702	15.393	1.309	8,5	23,7	23,2	0,7	0,7
Cuenca	8.707	8.015	692	8,6	12,3	12,1	0,4	0,3
Guadalajara	12.092	11.271	821	7,3	17,1	17,0	0,5	0,5
Toledo	17.319	18.682	-1.363	-7,3	24,5	28,2	0,7	0,8
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cataluña	559.825	463.511	96.314	20,8	100,0	100,0	23,7	19,7
Barcelona	559.825	463.511	96.314	20,8	100,0	100,0	23,7	19,7
Gerona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Lerida	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Tarragona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	28.604	33.975	-5.371	-15,8	100,0	100,0	1,2	1,4
Badajoz	15.654	16.848	-1.194	-7,1	54,7	49,6	0,7	0,7
Cáceres	9.649	14.769	-5.120	-34,7	33,7	43,5	0,4	0,6
Merida	3.301	2.358	943	40,0	11,5	6,9	0,1	0,1
Galicia	131.265	199.373	-68.108	-34,2	100,0	5,6	8,5	8,5
A Coruña	60.390	119.521	-59.131	-49,5	46,0	59,9	2,6	5,1
Lugo	19.561	23.965	-4.504	-18,8	14,8	12,0	0,8	1,0
Orense	18.180	19.950	-1.770	-8,9	13,8	10,0	0,8	0,8
Pontevedra	14.770	15.810	-1.040	-6,6	11,3	7,9	0,5	0,7
Vigo	18.464	20.127	-1.663	-8,3	14,1	10,1	0,8	0,9
Madrid	455.409	274.410	80.999	21,6	100,0	100,0	19,3	15,9
Madrid	455.409	274.410	80.999	21,6	100,0	100,0	19,3	15,9
Murcia	39.664	50.409	-10.745	-21,3	100,0	100,0	1,7	2,1
Murcia	26.424	36.616	-10.192	-27,8	66,6	72,6	1,1	1,6
Cartagena	13.240	13.793	-553	-4,0	33,4	27,4	0,6	0,6

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2019	2018	Absoluto	En porcentaje	2019	2018	2019	2018
La Rioja	16.653	16.297	356	2,2	100,0	100,0	0,7	0,7
La Rioja	16.653	16.297	356	2,2	100,0	100,0	0,7	0,7
Valencia	265.669	256.079	9.590	3,7	100,0	100,0	11,3	10,9
Alicante	82.688	79.861	2.807	3,5	31,1	31,2	3,5	3,4
Castellón	33.724	35.043	-1.319	-3,8	12,7	13,7	1,4	1,5
Valencia	149.257	141.155	8.102	5,7	56,2	55,1	6,3	6,0
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	2.360.932	2.248.458	12.174	0,5	—	—	100,0	100,0

Fuente: Ministerio de Hacienda (2020): Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionados por CCAA de régimen común y por tributos concertados, convenidos y propios de las Comunidades forales <https://www.hacienda.gob.es/CDI/Impuestos/RecaudacionDefinitiva2019.pdf#page=49&zoom=140,-64,382>

Si se hace un análisis provincial, en Andalucía los niveles recaudatorios más importantes se dan en Málaga (64 millones en 2019), Sevilla (56 millones de euros) y Córdoba (37 millones). Sin embargo, entre 2019 y 2018 la recaudación por este impuesto en Andalucía cayó un 25,4%, habiéndose producido el descenso más significativo en Granada (29,2%), Jaén (28,9%) y Sevilla (25,3%). Solo el descenso de la recaudación en Granada y Sevilla supuso un descenso de recaudación de más de 30 millones de euros<sup>24</sup>.

Aragón experimentó un descenso de la recaudación del 25,4%, siendo especialmente significativa la caída de recaudación de Zaragoza de un 33,7%. En Castilla y León se observa un aumento de recaudación del 4,3%, situándose en 188 millones de euros. Castilla-La Mancha sigue la misma tendencia alcista (+6,3%) con algo más de 70 millones de recaudación, que creció en todas las provincias, excepto en Toledo (-7,3%). En Cataluña, la recaudación del impuesto creció un 20,8% pero no se ofrecen datos desagregados por provincias para 2019. Desde el año 2015 no se aportan datos desagregados por provincias, y en ese año la recaudación de Barcelona representaba el 83%, la de Gerona el 8,4%, Lérida un 3,9% y Tarragona un 5,19% del total regional. La recaudación de Extremadura se redujo entre 2018 y 2019 un 16%, alcanzando este último año 28 millones de euros. Galicia disminuyó un 34% su recaudación, siendo especialmente significativa la caída que experimentó La Coruña, con algo más de 60 millones de euros, mientras que en 2018 se habían recaudado casi 120 millones de euros. El crecimiento recaudatorio de Madrid fue del 21%, pasando de 374 millones a 455 millones de euros, entre los dos años analizados. En la comunidad autónoma de Murcia el descenso total del 21% se debió especialmente a la caída en la recaudación de Murcia del 27%. Y La Rioja creció un 2%, si bien su recaudación superó los 16 millones de euros. Y, finalmente, la Comunidad Valenciana experimentó un aumento del 3,7% en su recaudación, gracias al crecimiento de Valencia (5,7%) y Alicante (3,5%), que compensaron la caída recaudatoria de Castellón (3,8%), situando el total regional recaudado en concepto de impuesto sobre sucesiones en 265 millones de euros.

3. DIFERENCIAS NORMATIVAS Y NIVELES DE RECAUDACIÓN: *DUMPING* FISCAL O EJERCICIO DE LA POTESTAD FINANCIERA

La disparidad de normas, así como la variación en los niveles de recaudación de cada comunidad autónoma han revivido la necesidad de una recentralización del impuesto bajo el argumento de un supuesto *dumping* fiscal, si bien la situación refleja que cada territorio (en uso de la competencia legislativa conferida) ha aprobado los beneficios fiscales que estimaba oportunos. Y si el argumento justificativo para la devolución de competencias al Estado se fundamenta en las diferencias territoriales, en lo que a niveles de renta se refiere, será necesario realizar un estudio solvente sobre el impacto de la crisis económica y sanitaria en cada región, en el ánimo de conocer qué territorios tienen más probabilidad de incurrir en déficit, si no elevan su presión fiscal. Pues no todas las regiones evolucionarán de la misma forma y tendrán las similares necesidades financieras.

Según un reciente informe de FUNCAS (2020), la crisis tendrá un impacto muy desigual en las comunidades autónomas. En un entorno absolutamente incierto, se prevé que las regiones más dependientes del turismo, como son Baleares o Canarias, experimentarán una caída del 9% en el bienio 2019-21. Mientras que territorios en los que la preponderancia del sector primario es relevante tales como: Castilla-La Mancha, Extremadura o Murcia, así como regiones con industrias poco dañadas por la pandemia, como Navarra estarán en niveles del 4% por debajo de la situación prepandemia<sup>25</sup>. Por otro lado, FUNCAS (2020) prevé que la recuperación en 2021 se realizará de manera desigual, permitiendo a Comunidades como Madrid o Cataluña recuperarse de manera más ágil, aunque ligeramente por debajo de la media nacional, que habrá caído un 6,1% respecto a los niveles anteriores a la crisis.

Se ve, por tanto, que la recuperación económica será asimétrica y, se hará necesario un ejercicio de corresponsabilidad por parte de los gobiernos autonómicos, que deberán acertar en si la medida adecuada es elevar la presión fiscal o reducir los niveles de gasto, de manera coordinada con el necesario equilibrio financiero, sin que por ello sea necesaria una recuperación de las competencias normativas transferidas en 2009.

Como se recordaba antes, en los últimos años desde determinados sectores se habla de *dumping* fiscal de los tributos cedidos a las comunidades autónomas<sup>26</sup> tras la aplicación de la competencia normativa que la LOFCA confiere a estos territorios para el establecimiento de bonificaciones de la cuota del impuesto. Sin embargo, un análisis serio de esta votación por pies derivada de la baja fiscalidad de las sucesiones debe analizarse desde una doble perspectiva, ya que la movilidad de las personas físicas no es inmediata y genera unos costes que no pueden asumirse por cualquier contribuyente simplemente por una baja fiscalidad de las sucesiones.

Lo cierto es que la movilidad interregional de los españoles puede deberse a motivos laborales, ya que no todas las regiones ofrecen las mismas oportunidades de acceso al empleo. Y, por otro lado, ha de tenerse en cuenta cuáles son las prestaciones que se ofrecen en cada territorio, pues en ocasiones los ciudadanos localizan su lugar de residencia teniendo en cuenta la calidad y cantidad de los servicios prestados.

En cualquier caso, si la fiscalidad de las sucesiones no fuera neutral en la localización del lugar de residencia, no puede afirmarse que los gobiernos autonómicos practican una competencia fiscal perjudicial<sup>27</sup>, ya que no se cumplen ninguna de las características para hablar de «paraísos fiscales». La baja fiscalidad

responde a la autonomía fiscal conferida por la ley a las comunidades autónomas que, lejos de enfrentar a los ciudadanos, debería incentivar a una bajada de impuestos en los lugares en los que la presión fiscal sea más alta.

Una vez planteado el debate sobre la armonización territorial, que puede suponer el aumento de la presión fiscal y la recuperación de parte de la competencia normativa conferida a las comunidades autónomas por parte del Estado Central, sería necesario conocer si simplemente se pretende una armonización al alza de la presión fiscal, y el rendimiento del tributo se sigue cediendo a la comunidad autónoma. En cuyo caso habría que incluir en la remodelación a las Comunidades de régimen foral, en cuyo debate debería incluirse la negociación del porcentaje de cupo que corresponde aportar a los territorios forales. Y si la reforma va dirigida a la recuperación de parte de la recaudación, estableciendo un tipo de gravamen uniforme en todo el país, se hará necesario establecer una reforma de la financiación de los servicios prestados por las regiones, de manera que sean sostenidos en parte con recursos que procedan del Estado central.

A continuación se recoge el importe de recaudación realizada en las tres provincias vascas y Navarra, y se observa que la misma ha aumentado en casi un millón de euros, de los cuales aproximadamente el 50% se ha recaudado en el País Vasco y otro tanto en Navarra.

TABLA 8. Tributos concertados, convenidos y propios. Recaudación obtenida por comunidades forales. Ingresos 2019 con respecto al 2018 (miles de €)

Comunidad autónoma	Recaudación		Variación		Porcentaje sobre el total	
	2019	2018	Absoluta	En porcentaje	2019	2018
Navarra	3.940.112	3.483.972	456.140	13,1	20,3	18,9
Navarra	3.940.112	3.483.972	456.140	13,1	20,3	18,9
País Vasco	15.469.593	14.981.544	488.049	3,3	79,7	81,1
Álava	2.450.344	2.404.085	46.259	1,9	12,6	13,0
Guipúzcoa	5.024.128	4.837.365	186.763	3,9	25,9	26,2
Vizcaya	7.995.121	7.740.094	255.027	3,3	41,2	41,9
Total	19.409.705	18.465.516	944.189	5,1	100,0	100,0

Fuente: Ministerio de Hacienda (2020): Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionado por CCAA de régimen común y por tributos concertados, convenidos y propios de las comunidades forales <https://www.hacienda.gob.es/CDI/Impuestos/RecaudacionDefinitiva2019.pdf#page=49&zoom=140,-64,382>

Si se comparan estos importes con el total de la recaudación obtenida en los territorios de régimen común, en concepto de impuestos cedidos —no supera los 14.000.000 euros— se pone de manifiesto que la cobertura de las necesidades financieras de toda índole, se verían fácilmente satisfechas con una reformulación, no tanto de los derechos forales, como del importe del conocido como «cupo vasco». Así que, la posible reforma financiera debería abordar de manera global tanto la financiación autonómica de las comunidades de régimen común como la aportación que realizan a la financiación común los territorios forales.

TABLA 1. Tributos cedidos gestionados por las CCAA de Régimen común.  
Recaudación obtenida por capítulos y conceptos. Ingresos 2019  
con respecto al 2018 (miles de €)

Concepto	Recaudación		Variación		Porcentaje sobre el total	
	2019	2018	Absoluta	En porcentaje	2019	2018
Patrimonio	1.154.946	1.120.968	33.978	3,0	8,5	8,3
Sucesiones y donaciones	2.360.932	2.348.758	12.174	0,5	17,3	17,4
Capítulo I	3.515.878	3.469.726	46.152	1,3	25,8	25,7
Transmisiones Patrimoniales	6.674.753	6.728.659	-53.906	-0,8	49,0	49,8
- Gestión Directa	6.674.548	6.728.248	-53.700	-0,8	49,0	49,8
- Efectos Timbrados	205	411	-206	-50,1	0,0	0,0
Actos jurídicos documentados	2.367.878	2.298.472	69.406	3,0	17,4	17,0
- Gestión Directa	2.349.175	2.278.680	70.495	3,1	17,2	16,9
- Efectos Timbrados	18.703	19.792	-1.089	-5,5	0,1	0,1
Impuestos indirectos extinguidos	0	0	0	—	0,0	0,0
Capítulo II	9.042.631	9.027.131	15.500	0,2	66,3	66,8
Tasas sobre el juego	1.075.724	1.061.324	14.400	1,4	7,9	7,9
Capítulo III	1.075.724	1.061.324	14.400	1,4	7,9	7,9
Ingresos aplicados	13.634.233	13.558.181	76.052	0,6	100,0	100,4
Variación pendiente de aplicar*	1.165	-52.569	53.734	102,2	0,0	-0,4
Total recaudación	13.635.398	13.505.612	129.786	1,0	100,0	100,0

Fuente: Ministerio de Hacienda (2020): Recaudación líquida obtenida y aplicada por tributos cedidos gestionado por CCAA de régimen común y por tributos concertados, convenidos y propios de las Comunidades forales <https://www.hacienda.gob.es/CDI/Impuestos/RecaudacionDefinitiva2019.pdf#page=49&zoom=140,-64,382>

### III. SOBRE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL BENEFICIARIO: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 60/2018, DE 4 DE JUNIO

Una de las cuestiones debatidas en los últimos meses, con motivo de la divergencia normativa autonómica en el impuesto sobre sucesiones se refiere al cambio del lugar de residencia con la intención de poder acogerse a una mejor tributación en el momento de formalizar la transmisión lucrativa *inter vivos*, o con la intención de realizar una estrategia fiscal anticipada de forma previa a la formalización de la transmisión *mortis causa*.

En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2018, de 4 de junio resuelve la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5907-2017, planteada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en relación con el artículo 9 a) de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de Castilla-La Mancha, de medidas en materia de tributos cedidos.



Se planteaba si era exigible la residencia del sujeto pasivo en Castilla-La Mancha, en virtud de lo previsto en el artículo 9a) de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos, por posible vulneración de los artículos 14 y 31.1. de la Constitución.

Los antecedentes de hecho planteaban una situación en la que se produce una donación de un inmueble situado en la provincia de Cuenca, transmisión que se documenta en escritura pública, junto con la autoliquidación e ingreso a cuenta de la cuota correspondiente del impuesto sobre sucesiones y donaciones. Para cuyo cálculo se aplicó la bonificación del 95% previsto en el artículo 8 de la Ley 9/2008.

Sin embargo, la oficina gestora practicó una liquidación en la que, pese a aceptar el valor declarado como base imponible, suprimió la bonificación aplicada por incumplimiento del requisito de tener residencia en la Comunidad de Castilla-La Mancha, exigiendo la cuota resultante más los intereses de demora. La interesada presentó un certificado de empadronamiento en Las Pedroñeras, provincia de Cuenca, sin embargo, en la base de datos de la Administración constaba que desde el 25 de febrero de 2012, su domicilio se encontraba en Madrid.

La interesada presentó reclamación económico-administrativa contra dicha liquidación, que fue desestimada por acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Castilla-La Mancha de 20 de junio de 2016, con el argumento de que, tratándose de un beneficio fiscal, era la donataria quien debía probar que cumplía con el requisito de residencia en la comunidad autónoma durante el mayor número de días del periodo de cinco años anteriores a la donación.

La interesada interpuso a continuación recurso contencioso-administrativo en el que solicitaba la anulación de la liquidación practicada con el argumento de que exigir la residencia en Castilla-La Mancha para aplicar una bonificación en el impuesto sobre sucesiones y donaciones es discriminatorio y, por ello, contrario al artículo 14 de la Constitución y al Derecho de la Unión Europea, según Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de septiembre de 2014, asunto C 127/12, *Comisión contra España*).

El Abogado del Estado apuntaba que, como regla general, en las transmisiones lucrativas *inter vivos* el punto de conexión es la residencia del sujeto pasivo, por lo que la norma castellano-manchega solo será aplicable si este reside en dicha comunidad. Así pues, el requisito controvertido únicamente es relevante en el caso de donación de inmuebles, en las que la regla de competencia es el lugar donde radica el bien y no el lugar de residencia del donatario. Por tanto, aducía que la duda de constitucionalidad ha de circunscribirse a este supuesto. Ambas administraciones añadían que, en todo caso, existe una justificación objetiva y razonable para diferenciar entre el donatario residente y el que no lo es, debido al legítimo interés de la comunidad autónoma en atraer residentes a su territorio.

Sin embargo, el artículo 9 de la Ley 9/2008 de Castilla-La Mancha, dispone en su apartado a) que «en el caso de transmisiones lucrativas *inter vivos*, la aplicación de las bonificaciones establecidas en el artículo 8 queda sujeta al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) El sujeto pasivo deberá tener su residencia habitual en Castilla-La Mancha». Por lo que la aplicación de la bonificación del 95% queda supeditada a que el beneficiario tenga su residencia habitual en la región.

El auto transcribe a continuación la STC 60/2015, que declaró inconstitucional y nula, por contravenir los artículos 14 y 31.1 CE, una norma similar de la Comunidad Valenciana, en concreto, el artículo 12 *bis* de la Ley de dicha comunidad 13/1997, de 23 de diciembre, por la que se regula el tramo autonómico del impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y restantes tributos cedidos, que

establecía una bonificación en el impuesto sobre sucesiones y donaciones para adquisiciones *mortis causa* aplicable solo a aquellos causahabientes que tuvieran residencia habitual en la Comunidad Valenciana.

La Sala acepta la precisión del Abogado del Estado de que el problema que plantea la exigencia de residir en la comunidad autónoma se contrae a la donación de bienes inmuebles, puesto que en la donación de otros bienes la comunidad solo es competente si el donatario tiene residencia en su territorio, por lo que el requisito del artículo 9 a) de la Ley 9/2008 no añade nada al punto de conexión. Sin embargo, como precisamente el caso de autos se refiere a una donación inmobiliaria, se ha de valorar si, al restringirse la bonificación prevista a aquellas donaciones en favor de residentes, se vulnera el principio de igualdad, por más que el quebrantamiento solo se ponga de manifiesto en las transmisiones de inmuebles.

El órgano judicial acuerda plantear una cuestión de inconstitucionalidad respecto del inciso en que el artículo indica que «el sujeto pasivo deberá tener su residencia habitual en Castilla-La Mancha» del artículo 9 a) de la Ley 9/2008 de Castilla-La Mancha por posible vulneración de los artículos 14 y 31.1 de la Constitución.

La doctrina del Tribunal Constitucional, según Sentencia 60/2015, la residencia puede jugar como un elemento diferenciador entre contribuyentes, pero siempre que no sea, por sí sola, la razón del trato diferente. Si se pretende facilitar las transmisiones entre los miembros de una familia, la relación familiar de residentes y no residentes con el donante es la misma, por lo que es difícilmente justificable que la diferenciación por el lugar de residencia confiera el derecho a la aplicación de un beneficio fiscal o no. Y, por tanto, la diferencia de trato según el lugar de residencia, quiebra el principio de igualdad.

El Fiscal General del Estado solicita que se declare la inconstitucionalidad del inciso «[e]l sujeto pasivo deberá tener su residencia habitual en Castilla-La Mancha» del artículo 9 a) de la Ley 9/2008 de Castilla-La Mancha, por vulneración de los artículos 14 y 31.1 de la Constitución. Por su parte, el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, aprecia que hay una justificación legítima a tal diferencia de trato y alega que solo sería discriminatorio si no obedeciera a un criterio razonable. Añade que los fondos de financiación previstos en la Ley 22/2009 dependen en buena medida de la población de la comunidad por lo que, dejando al lado otras finalidades políticas, desde un punto de vista financiero a la comunidad le interesa la atracción de residentes.

El Abogado del Estado, por su parte indica que se dicte sentencia declarando inconstitucional el apartado a) del artículo 9 de la Ley 9/2008, solo para aquellos casos en que el criterio para aplicar la bonificación no coincida con el punto de conexión, es decir, solo para el supuesto de las donaciones de inmuebles, salvando interpretativamente la constitucionalidad de la norma en el resto de donaciones.

Tras verificar la similitud entre el requisito de residencia de la norma valenciana y castellano-manchega, en la STC 52/2018 hemos razonado que, de la misma forma que al estudiar la primera consideramos homogéneas las situaciones de dos herederos, descendientes ambos del mismo causante, aunque residentes en distintas comunidades autónomas, se debe ahora concluir que lo son dos descendientes (u otros familiares incluidos en el ámbito de la bonificación) que reciban del mismo donante sendos inmuebles de igual valor; cuando solo se diferencian por la comunidad en que residen. La capacidad de pago que grava el impuesto sobre sucesiones y donaciones (el incremento patrimonial obtenido a

título gratuito) es idéntica en ambos casos, por lo que la residencia en Castilla-La Mancha no puede justificar, desde la óptica del artículo 14 y 31.1 CE, que la misma norma disponga una diferente carga fiscal.

El Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la obligación de que el sujeto pasivo deba tener residencia habitual en la comunidad autónoma correspondiente, en este caso Castilla-La Mancha, para poder aplicar los beneficios fiscales oportunos previstos en el artículo 9.a) de la Ley 9/2008, de 4 de diciembre, de medidas en materia de tributos cedidos en Castilla-La Mancha, en el caso de transmisiones de inmuebles, ya que estas transmisiones tributan en el lugar en el que se encuentra situado el inmueble y no prevalece el lugar de residencia del beneficiario.

#### IV. CONCLUSIONES

El proceso de cesión de los tributos a las comunidades autónomas respondió a la necesidad de otorgar de autonomía financiera a los territorios a los que se les había transferido unos niveles de gasto que con anterioridad asumía el Estado central. Cada territorio asumió sus competencias de ingreso y gasto a un ritmo diferente, como muestra de la necesaria corresponsabilidad fiscal.

En el caso del impuesto sobre sucesiones y donaciones, que nos ocupa, y después de haber asumido las competencias normativas, haciendo uso de las mismas, algunas regiones decidieron bonificar ciertas transmisiones entre parientes pertenecientes a los Grupos I y II, sin que necesariamente se produjera una caída de la recaudación, mas al contrario, en algunas comunidades autónomas afloraron parte de las donaciones por las que no se tributaba y, consiguiendo una ampliación de las bases imponibles la recaudación total aumentó, sin que necesidad de incrementar la carga fiscal.

Sin embargo, cuando el desarrollo competencial evidenció las diferencias de tributación entre unos lugares y otros, este desarrollo normativo es considerado en algunos casos como un caso de competencia fiscal perjudicial, pues se considera que incentiva la deslocalización del lugar de residencia, en aras a que los sujetos pasivos se lucren de un régimen fiscal más favorable.

Estas diferencias de tributación han llevado a plantear por parte del Estado central la recuperación de la competencia normativa, estableciendo una tarifa común en todo el territorio español, bajo el argumento de establecer un régimen de armonización fiscal en todo el territorio nacional, que evite estas diferencias territoriales. Sin embargo, la armonización de los tributos cedidos a las comunidades autónomas en ningún caso debe suponer un aumento de la presión fiscal sobre los ciudadanos que hacen frente a un impuesto que no constituye el grueso básico de la recaudación tributaria, pues su «armonización» no puede considerarse como un elemento básico para la reducción del déficit público autonómico, ni se puede estructurar como un elemento básico para mejorar la corresponsabilidad territorial española.

Esta «votación por pies» no puede calificarse como competencia fiscal perjudicial o, como vulgarmente se denomina, *dumping* fiscal, ya que, por un lado, no es más que muestra del desarrollo competencial otorgado por el Estado central. Y, en segundo lugar, porque no se da ninguna de las condiciones para poder hablar de competencia desleal, ya que aunque existe baja tributación; se otorga el mismo tratamiento a residentes y no residentes y las normas son públicamente conocidas.

Técnicamente el impuesto sobre sucesiones no incurre en doble imposición, ya que los sujetos pasivos que poseen la riqueza son diferentes (beneficiario y causante) y el objeto de gravamen es el incremento de capacidad adquisitiva, que se genera en el beneficiario como consecuencia de la transmisión *inter vivos* o *mortis causa*. Y si se acomete una reforma sería de las sucesiones en España, será necesario abordar la manera en la que se determina la base imponible de ciertas transmisiones, ya que no siempre responden a incrementos de capacidades económicas reales, por mucho que la configuración del impuesto así lo determine.

Por otro lado, el legislador es consciente, del rechazo social que genera la tributación por las cantidades percibidas de un familiar de primer y segundo grados. Y, además, el artículo 39 de la Constitución prevé la protección social y económica de la familia, por lo que el establecimiento de ciertos beneficios fiscales para las transmisiones entre parientes responde a esta protección. Es por esto imprescindible que en la reforma de la fiscalidad de las sucesiones se tenga en cuenta, por un lado, que en ningún caso el tributo debe ser confiscatorio, como prevé el artículo 31 de la Constitución. Y, por otra parte, que la protección fiscal de la familia debe establecer un pago gradual de la cuota del impuesto según el grado de parentesco entre el beneficiario y el causante, en aras al cumplimiento del principio de equidad fiscal, por el que se debe otorgar un trato diferente a aquellos que presenten capacidades económicas distintas. Determinándose la base liquidable a través de un mayor número de escalones según el grado de parentesco y estableciendo un cuadro de cálculo de la cuota líquida ajustada a las capacidades económicas reales y el grado de parentesco, sin que puedan darse circunstancias en las que una transmisión *mortis causa* procedente de un pariente de cuarto grado pueda dar lugar al pago del doble de la cuota íntegra, antes de la aplicación del coeficiente incremental.

El impuesto sobre sucesiones y donaciones, como tributo cedido a las comunidades autónomas presenta una naturaleza muy dispar según los beneficios fiscales introducidos en cada territorio. Y esta situación, lejos de ser considerada como *dumping* fiscal, es fiel reflejo de la autonomía financiera y de la responsabilidad fiscal imprescindible para que los territorios puedan responder de la gestión de sus propios presupuestos de ingreso y de gasto.

Si se plantea una remodelación de la financiación autonómica en España, debería realizarse teniendo en cuenta todos los regímenes existentes, tanto por razón del territorio como por motivos históricos, de manera que se construya un modelo estable en el tiempo que permita a las Regiones diseñar su modelo de prestación de servicios según la previsión de ingresos que tengan consignada.

V. ANEXOS

Desarrollo de las competencias normativas por CCAA

Títulos cedidos - Capítulo I - Impuesto sobre sucesiones y donaciones  
(miles de €)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2018	2017	Absoluto	En porcentaje	2018	2017	2018	2017
Andalucía	299.347	364.207	-64.860	-17,8	100,0	100,0	12,7	15,1
Almería	19.035	21.253	-2.218	-10,4	6,4	5,8	0,8	0,9
Cádiz	30.464	44.206	-13.742	-31,1	10,2	12,1	1,3	1,8
Córdoba	36.409	37.523	-1.114	-3,0	12,2	10,3	1,6	1,6
Granada	39.759	47.247	-7.488	-15,8	13,3	13,0	1,7	2,0
Huelva	10.279	17.894	-7.615	-42,6	3,4	4,9	0,4	0,7
Jaén	26.258	28.355	-2.097	-7,4	8,8	7,8	1,1	1,2
Málaga	61.364	89.544	-28.180	-31,5	20,5	24,6	2,6	3,7
Sevilla	75.779	78.185	-2.406	-3,1	25,3	21,5	3,2	3,2
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Aragón	140.042	170.725	-30.683	-18,0	100,0	100,0	6,0	7,1
Huesca	22.474	20.879	1.595	7,6	16,0	12,2	1,0	0,9
Teruel	8.318	9.204	-886	-9,6	5,9	5,4	0,4	0,4
Zaragoza	109.250	140.642	-31.392	-22,3	78,0	82,4	4,7	5,8
Asturias	78.316	99.883	-21.567	-21,6	100,0	100,0	3,3	4,1
Oviedo	78.316	99.883	-21.567	-21,6	100,0	100,0	3,3	4,1
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	119.907	97.255	13.652	14,0	100,0	100,0	4,7	4,0
Baleares	119.907	97.255	13.652	14,0	100,0	100,0	4,7	4,0
Canarias	43.773	36.052	7.721	21,4	100,0	100,0	1,9	1,5
Las Palmas	22.179	20.804	1.375	6,6	50,7	57,7	0,9	0,9
S C. de Tenerife	21.594	15.248	6.346	41,6	49,3	42,3	0,9	0,6
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cantabria	35.208	38.101	-2.893	-7,6	100,0	100,0	1,5	1,6
Cantabria	35.208	38.101	-2.893	-7,6	100,0	100,0	1,5	1,6
Castilla y León	180.747	194.767	-14.020	-7,2	100,0	100,0	7,7	8,1
Ávila	5.503	8.333	-2.830	-34,0	3,0	4,3	0,2	0,3

*La armonización fiscal de las transmisiones mortis causa a examen*

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2018	2017	Absoluto	En porcentaje	2018	2017	2018	2017
Burgos	35.038	34.590	448	1,3	19,4	17,8	1,5	1,4
León	32.962	35.180	-2.218	-6,3	18,2	18,1	1,4	1,5
Palencia	16.468	16.672	-204	-1,2	9,1	8,6	0,7	0,7
Salamanca	22.591	29.932	-7.341	-24,5	125	15,4	1,0	1,2
Segovia	9.986	11.812	-1.916	-16,2	5,5	6,1	0,4	0,5
Soria	9.418	10.304	-886	-8,6	5,2	5,3	0,4	0,4
Valladolid	36.309	33.846	2.463	7,3	20,1	17,4	1,5	1,4
Zamora	12.562	14.098	-1.536	-10,9	7,0	7,2	0,5	0,6
Castilla-La Mancha	66.364	70.705	-4.341	-6,1	100,0	100,0	2,8	2,9
Albacete	13.003	14.410	-1.407	-9,8	19,6	20,4	0,6	0,6
Ciudad Real	15.393	13.860	1.533	11,1	23,2	19,6	23,2	19,6
Cuenca	8.015	6.930	1.085	15,7	12,1	9,8	0,3	0,3
Guadalajara	11.271	13.605	-2.334	-17,2	17,0	19,2	0,5	0,6
Toledo	18.682	21.900	-3.218	-14,7	28,2	31,0	0,8	0,9
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cataluña	463.511	433.442	30.069	6,9	100,0	100,0	19,7	18,0
Barcelona	463.511	433.442	30.069	6,9	100,0	100,0	19,7	18,0
Gerona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Lerida	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Tarragona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	33.975	36.461	-2.486	-6,8	100,0	100,0	1,4	1,5
Badajoz	16.848	18.614	-1.766	-9,5	49,6	51,1	0,7	0,8
Cáceres	14.769	13.455	1.314	9,8	43,5	36,9	0,6	0,6
Mérida	2.358	4.392	-2.034	-46,3	6,9	12,0	0,1	0,2
Galicia	199.373	127.870	71.503	55,9	100,0	100,0	8,5	5,3
A Coruña	119.521	57.413	62.108	108,2	59,9	44,9	5,1	2,4
Lugo	23.965	20.528	3.437	16,7	12,0	16,1	1,0	0,9
Orense	19.950	17.643	2.307	13,1	10,0	13,8	0,8	0,7
Pontevedra	15.810	16.484	-674	-4,1	7,9	12,9	0,7	0,7
Vigo	20.127	15.802	4.325	27,4	10,1	12,4	0,9	0,7
Madrid	374.410	410.899	-36.489	-8,9	100,0	100,0	15,9	17,0

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2018	2017	Absoluto	En porcentaje	2018	2017	2018	2017
Madrid	374.410	410.899	-36.489	-8,9	100,0	100,0	15,9	17,0
Murcia	50.409	61.238	-10.829	-17,7	100,0	100,0	2,1	2,5
Murcia	36.616	47.527	-10.911	-23,0	72,6	77,6	1,6	2,0
Cartagena	13.793	13.711	82	0,6	27,4	22,4	0,6	0,6
La Rioja	16.297	20.998	-4.701	-22,4	100,0	100,0	0,7	0,9
La Rioja	16.297	20.998	-4.701	-22,4	100,0	100,0	0,7	0,9
Valencia	256.079	248.723	7.356	3,0	100,0	100,0	10,9	10,3
Alicante	79.881	54.474	25.407	46,6	31,2	21,9	3,4	2,3
Castellón	35.043	26.895	8.148	30,3	13,7	10,8	1,5	1,1
Valencia	141.155	167.354	-26.199	-15,7	55,1	67,3	6,0	6,9
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	2.348.758	2.411.326	-62.568	-2,6	—	—	100,0	100,0

Fuente: MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx> (diciembre 2020)

#### Títulos cedidos - Capítulo I - Impuesto sobre sucesiones y donaciones (miles de €)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2017	2016	Absoluto	En porcentaje	2017	2016	2017	2016
Andalucía	364.207	379.320	-15.113	-4,0	100,0	100,0	15,1	16,0
Almería	21.253	22.351	-1.096	-4,9	5,8	5,9	0,9	0,9
Cádiz	44.206	38.600	5.506	14,5	12,1	10,2	1,8	1,6
Córdoba	37.523	37.766	-243	-0,6	10,3	10,0	1,6	1,6
Granada	47.247	48.200	-956	-2,0	13,0	12,7	2,0	2,0
Huelva	17.894	14.425	3.459	24,0	4,9	3,8	0,7	0,7
Jaén	28.355	33.914	-5.559	-16,4	7,8	8,9	1,2	1,4
Málaga	89.544	89.289	155	0,2	24,6	23,6	3,7	3,5
Sevilla	78.185	94.672	-16.487	-17,4	21,5	25,0	3,2	4,0



*La armonización fiscal de las transmisiones mortis causa a examen*

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2017	2016	Absoluto	En porcentaje	2017	2016	2017	2016
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Aragón	170.725	158.882	11.843	7,5	100,0	100,0	7,1	6,7
Huesca	20.879	21.857	-978	-4,5	12,2	13,8	0,9	0,9
Teruel	9.204	10.534	-1.330	-12,6	5,4	6,6	0,4	0,4
Zaragoza	140.642	126.491	14.151	11,2	82,4	79,6	5,8	5,3
Asturias	99.883	114.191	-14.308	-12,5	100,0	100,0	4,1	4,8
Oviedo	99.883	114.191	-14308	-12,5	100,0	100,0	4,1	4,8
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	97.255	76.898	20.357	26,5	100,0	100,0	4,0	3,2
Baleares	97.255	76.898	20.357	26,5	100,0	100,0	4,0	3,2
Canarias	36.052	50.780	-14.728	-29,0	100,0	100,0	1,5	2,1
Las Palmas	20.804	26.201	-5.397	-20,6	57,7	51,6	0,9	1,1
S C. de Tenerife	15.248	24.579	-9.331	-38,0	42,3	48,4	0,6	1,0
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cantabria	38.101	33.611	4.490	13,4	100,0	100,0	1,6	1,4
Cantabria	38.101	33.611	4.490	13,4	100,0	100,0	1,6	1,4
Castilla y León	194.767	197.506	-2.739	-1,4	100,0	100,0	8,1	8,3
Ávila	8.333	19.384	-11.051	-57,0	4,3	9,8	0,3	0,8
Burgos	34.590	35.002	-412	-1,2	17,8	17,7	1,4	1,5
León	35.180	37.396	-2.216	-8,9	18,1	18,9	1,5	1,5
Palencia	16.672	15.424	1.248	8,1	8,6	7,8	0,7	0,5
Salamanca	29.932	20.809	9.125	43,6	15,4	10,5	1,2	0,9
Segovia	11.812	8.017	3.795	47,3	6,1	4,1	0,5	0,3
Soria	10.304	9.518	786	8,3	5,3	4,8	0,4	0,4
Valladolid	33.846	35.618	-1.772	-5,0	17,4	18,0	1,4	1,5
Zamora	14.098	16.338	-2.240	-13,7	7,2	8,3	0,6	0,7
Castilla-La Mancha	70.705	64.106	6.599	10,3	100,0	100,0	2,9	2,7
Albacete	14.410	13.534	876	6,5	20,4	21,1	0,6	0,6
Ciudad Real	13.860	15.786	-1.926	-12,2	19,6	24,6	0,6	0,7
Cuenca	6.930	7.896	-966	-12,2	9,8	12,3	0,3	0,3
Guadalajara	13.605	9.612	3.993	41,5	19,2	15,0	0,6	0,4
Toledo	21.900	17.278	4.522	26,8	31,0	27,0	0,9	0,7

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2017	2016	Absoluto	En porcentaje	2017	2016	2017	2016
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Cataluña	433.442	445.629	-12.187	-2,7	100,0	100,0	18,0	18,7
Barcelona	433.442	445.629	-12.187	-2,7	100,0	100,0	18,0	18,7
Gerona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Lérida	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Tarragona	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	36.431	42.012	-5.581	-13,3	100,0	100,0	1,5	1,8
Badajoz	18.584	23.161	-4.577	-19,8	51,1	55,1	0,8	1,0
Cáceres	13.455	13.349	106	0,8	36,9	31,8	0,5	0,5
Merida	4.392	5.502	-1.110	-20,2	12,1	13,1	0,2	0,2
Galicia	127.870	136.196	-8.326	-6,1	100,0	100,0	5,3	5,7
A Coruña	57.413	64.390	-6.977	-10,8	44,9	47,3	2,4	2,7
Lugo	20.528	17.513	3.015	17,2	16,1	12,9	0,9	0,7
Orense	17.643	17.192	451	2,6	13,8	12,6	0,7	0,7
Pontevedra	16.484	14.104	2.380	16,9	12,9	10,4	0,7	0,5
Vigo	15.802	22.997	-7.195	-31,3	12,4	16,9	0,7	1,0
Madrid	410.899	419.704	-8.805	-2,1	100,0	100,0	17,0	17,7
Madrid	410.899	419.704	-8.805	-2,1	100,0	100,0	17,0	17,7
Murcia	61.238	65.196	-3.958	-6,1	100,0	100,0	2,5	2,7
Murcia	47.527	48.070	-543	-1,1	77,6	73,7	2,0	2,0
Cartagena	13.711	17.126	-3.415	-19,9	22,4	26,3	0,6	0,7
La Rioja	20.998	14.829	6.169	41,6	100,0	100,0	0,9	0,6
La Rioja	20.998	14.829	6.169	41,6	100,0	100,0	0,9	0,6
Valencia	248.723	178.824	69.899	39,1	100,0	100,0	10,3	7,5
Alicante	54.474	58.119	-3.545	-6,3	21,9	32,5	2,3	2,4
Castellón	26.895	23.078	3.817	16,5	10,8	12,9	1,1	1,0
Valencia	167.354	97.627	69.727	71,4	67,3	54,6	6,9	4,1
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	2.411.296	2.377.684	33.612	1,4	—	—	100,0	100,0

Fuente: MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx> (diciembre de 2020).

Títulos cedidos - Capítulo I - Impuesto sobre sucesiones y donaciones  
(miles de €)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2015	2014	Absoluto	En porcentaje	2015	2014	2015	2014
Andalucía	399.493	365.286	34.207	9,4	100,0	100,0	16,7	15,5
Almería	23.130	21.757	1.373	6,3	5,8	6,0	1,0	0,9
Cádiz	47.749	45.503	2.246	4,9	12,0	12,5	2,0	1,9
Córdoba	36.399	43.408	-7.009	-16,1	9,1	11,9	1,5	1,8
Granada	53.742	50.093	3.349	7,3	13,5	13,7	2,2	2,1
Huelva	15.649	21.983	-6.334	-28,8	3,9	6,0	0,7	0,9
Jaén	33.971	27.533	6.438	23,4	8,5	7,5	1,4	1,2
Málaga	59.288	80.598	8.690	10,8	22,4	22,1	3,7	3,4
Sevilla	99.565	90.301	9.264	10,3	24,9	24,7	4,2	3,8
Servs. centrales	0	-15.890	15.890	100,0	0,0	-4,4	0,0	-0,7
Aragón	114.926	138.921	-23.995	-17,3	100,0	100,0	4,8	5,9
Huesca	18.479	21.123	-2.644	-12,5	16,1	15,2	0,8	0,9
Teruel	8.520	8.267	253	3,1	7,4	6,0	0,4	0,4
Zaragoza	87.927	109.531	-21.604	-19,7	76,5	78,8	3,7	4,7
Asturias	115.142	106.416	8.726	8,2	100,0	100,0	4,8	4,5
Oviedo	115.142	106.416	8.726	8,2	100,0	100,0	4,8	4,5
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	87.899	82.749	5.150	6,2	100,0	100,0	3,7	3,5
Baleares	87.899	82.749	5.150	6,2	100,0	100,0	3,7	3,5
Canarias	86.139	66.445	19.694	29,6	100,0	100,0	3,6	2,8
Las Palmas	46.461	31.709	14.452	46,5	53,9	47,7	1,9	1,3
S C. de Tenerife	41.306	32.651	8.655	26,5	48,0	49,1	1,7	1,4
Servs. centrales	-1.328	2.085	-3.713	-178,1	-1,9	3,1	-0,1	0,1
Cantabria	36.960	35.442	1.518	4,3	100,0	100,0	1,5	1,5
Cantabria	36.960	35.442	1.518	4,3	100,0	100,0	1,5	1,5
Castilla y León	171.432	165.638	5.794	3,5	100,0	100,0	7,2	7,0
Ávila	8.811	8.739	72	0,8	5,1	5,3	0,4	0,4
Burgos	30.510	29.026	1.484	5,1	17,8	17,5	1,3	1,2
León	35.066	23.717	11.349	47,9	20,5	14,3	1,5	1,0
Palencia	14.845	14.450	395	2,7	8,7	8,7	0,6	0,6

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2015	2014	Absoluto	En porcentaje	2015	2014	2015	2014
Salamanca	20.753	26.002	-5.249	-20,2	12,1	15,7	0,9	1,1
Segovia	8.551	9.920	-1.369	-13,8	5,0	6,0	0,4	0,4
Soria	6.686	8.021	-1.335	-16,6	3,9	4,8	0,3	0,3
Valladolid	31.588	35.069	-3.481	-9,9	18,4	21,2	1,3	1,5
Zamora	14.622	10.694	3.928	36,7	8,5	6,5	0,6	0,5
Castilla-La Mancha	68.568	70.321	-1.753	-2,5	100,0	100,0	2,9	3,0
Albacete	15.889	17.958	-2.069	-11,5	23,2	25,5	0,7	0,8
Ciudad Real	14.298	12.310	1.988	16,1	20,9	17,5	0,6	0,5
Cuenca	7.352	8.168	-816	-10,0	10,7	11,6	0,3	0,3
Guadalajara	12.390	11.675	715	6,1	18,1	16,6	0,5	0,5
Toledo	18.550	20.197	-1.647	-8,2	27,1	28,7	0,8	0,9
Servs. centrales	89	13	76	584,6	0,1	0,0	0,0	0,0
Cataluña	458.268	312.435	145.833	46,7	100,0	100,0	19,1	13,3
Barcelona	378.362	258.559	119.803	46,3	82,6	82,8	15,8	11,0
Gerona	38.614	27.045	11.569	42,8	8,4	8,7	1,6	1,2
Lérida	18.065	9.453	8.612	91,1	3,9	3,0	0,8	0,4
Tarragona	23.227	17.378	5.849	33,7	5,1	5,6	1,0	0,7
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	42.270	48.776	-6.506	-13,3	100,0	100,0	1,8	2,1
Badajoz	21.845	27.180	-5.335	-19,6	51,7	55,7	0,9	1,2
Cáceres	13.032	16.688	-3.656	-21,9	30,8	34,2	0,5	0,7
Mérida	7.393	4.908	2.485	50,6	17,5	10,1	0,3	0,2
Galicia	165.125	234.257	-69.132	-29,5	100,0	100,0	6,9	10,0
A Coruña	71.353	146.343	-74.990	-51,2	43,2	62,5	3,2	6,2
Lugo	25.310	21.341	3.969	18,6	15,3	9,1	1,1	0,9
Orense	21.898	19.404	2.494	12,9	13,3	8,3	0,9	0,8
Pontevedra	22.888	18.191	4.697	25,8	13,9	7,8	1,0	0,8
Vigo	23.676	28.978	-5.302	-18,3	14,3	12,4	1,0	1,2
Madrid	359.264	431.109	-71.845	-16,7	100,0	100,0	15,0	18,3
Madrid	359.264	431.109	-71.845	-16,7	100,0	100,0	15,0	18,3
Murcia	80.017	96.129	-16.112	-16,8	100,0	100,0	3,3	4,1
Murcia	57.014	73.919	-16.905	-22,9	71,3	76,9	2,4	3,1

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2015	2014	Absoluto	En porcentaje	2015	2014	2015	2014
Cartagena	23.003	22.210	793	3,6	28,7	23,1	1,0	0,9
La Rioja	16.781	16.556	225	1,4	100,0	100,0	0,7	0,7
La Rioja	16.781	16.556	225	1,4	100,0	100,0	0,7	0,7
Valencia	193.954	181.005	12.949	7,2	100,0	100,0	8,1	7,7
Alicante	52.743	56.612	-3.869	-6,8	27,2	31,3	2,2	2,4
Castellón	31.524	28.923	2.601	9,0	16,3	16,0	1,3	1,2
Valencia	109.687	95.470	14.217	14,9	56,6	52,7	4,6	4,1
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	2.396.238	2.351.485	44.753	1,9	—	—	100,0	100,0

Fuente: MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx> (diciembre de 2020).

Títulos cedidos - Capítulo I - Impuesto sobre sucesiones y donaciones (miles de €)

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2014	2013	Absoluto	En porcentaje	2014	2013	2014	2013
Andalucía	365.286	344.795	20.491	5,9	100,0	100,0	15,5	16,2
Almería	21.757	24.674	-2.917	-11,8	6,0	7,2	0,9	1,2
Cádiz	45.503	36.758	8.745	23,8	12,5	10,7	1,9	1,7
Córdoba	43.408	40.812	2.596	6,4	11,9	11,8	1,8	1,9
Granada	50.093	50.585	-492	-1,0	13,7	14,7	2,1	2,4
Huelva	21.983	16.299	5.884	34,9	6,0	4,7	0,9	0,8
Jaén	27.533	27.395	138	0,5	7,5	7,9	1,2	1,3
Málaga	80.598	76.282	4.316	5,7	22,1	22,1	3,4	3,5
Sevilla	90.301	89.924	377	0,4	24,7	26,1	3,8	4,2
Servs. centrales	-15.890	-17.934	2.044	11,4	-4,4	-5,2	-0,7	-0,8
Aragón	138.921	123.816	15.105	12,2	100,0	100,0	5,9	5,8
Huesca	21.123	18.809	2.314	12,3	15,2	15,2	0,9	0,9
Teruel	8.267	7.297	970	13,3	6,0	5,9	0,4	0,3
Zaragoza	109.531	97.710	11.821	12,1	78,8	78,9	4,7	4,6

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2014	2013	Absoluto	En porcentaje	2014	2013	2014	2013
Asturias	106.416	121.152	-14.736	-12,2	100,0	100,0	4,5	5,7
Oviedo	106.416	121.152	-14.736	-12,2	100,0	100,0	4,5	5,7
Gijón	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Baleares	82.749	65.260	17.489	26,8	100,0	100,0	3,5	3,1
Baleares	82.749	65.260	17.489	26,8	100,0	100,0	3,5	3,1
Canarias	66.445	54.651	11.794	21,6	100,0	100,0	2,8	2,6
Las Palmas	31.709	28.433	3.276	11,5	27,7	52,0	1,3	1,3
S C. de Tenerife	32.651	26.204	6.447	24,6	49,1	47,9	1,4	1,2
Servs. centrales	2.085	14	2.071	14.792,9	3,1	0,0	0,1	0,0
Cantabria	35.442	46.429	-40.987	-53,6	100,0	100,0	1,5	3,6
Cantabria	35.442	46.429	-40.987	-53,6	100,0	100,0	1,5	3,6
Castilla y León	165.638	133.982	31.656	23,6	100,0	100,0	7,0	6,3
Ávila	8.739	6.206	2.533	40,8	5,3	4,6	0,4	0,3
Burgos	29.026	21.863	7.163	32,8	17,5	16,3	1,2	1,0
León	23.717	29.623	-5.906	-19,9	14,3	22,1	1,0	1,4
Palencia	14.450	11.804	2.646	22,4	8,7	8,8	0,6	0,6
Salamanca	26.002	15.530	10.472	67,4	15,7	11,6	1,1	0,7
Segovia	9.920	9.499	421	4,4	6,0	7,1	0,4	0,4
Soria	8.021	8.865	2.156	36,8	4,8	4,4	0,3	0,3
Valladolid	35.069	23.339	11.730	50,3	21,2	17,4	1,5	1,1
Zamora	10.694	10.253	441	4,3	6,5	7,7	0,5	0,5
Castilla-La Mancha	70.321	65.327	4.994	7,6	100,0	100,0	3,0	3,1
Albacete	17.958	14.849	3.109	209	25,5	22,7	0,8	0,7
Ciudad Real	12.310	15.635	-3.325	-21,3	17,5	23,9	0,5	0,7
Cuenca	8.168	10.708	-2.540	-23,7	11,6	16,4	0,3	0,5
Guadalajara	11.675	9.031	2.644	29,3	15,6	13,8	0,5	0,4
Toledo	20.197	15.114	5.083	33,6	28,7	23,1	0,9	0,7
Servs. centrales	13	-10	23	230,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Cataluña	312.435	298.347	14.088	4,7	100,0	100,0	13,3	14,1
Barcelona	258.559	253.203	5.356	2,1	82,8	84,9	11,0	11,9
Gerona	27.045	21.392	5.653	26,4	8,7	7,2	1,2	1,0
Lérida	9.453	10.443	-990	-9,5	3,0	3,5	0,4	0,5

*La armonización fiscal de las transmisiones mortis causa a examen*

Servicio Territorial	Ingresos aplicados		Incremento		% total comunidad		% total comunidades	
	2014	2013	Absoluto	En porcentaje	2014	2013	2014	2013
Tarragona	17.378	13.309	4.069	30,6	5,6	4,5	0,7	0,6
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Extremadura	48.776	53.958	-5.182	-9,6	100,0	100,0	2,1	2,5
Badajoz	27.180	28.271	-1.091	-3,9	55,7	52,4	1,2	1,3
Cáceres	16.688	20.248	-3.560	-17,6	34,2	37,5	0,7	1,0
Mérida	4.908	5.439	-531	-9,8	10,1	10,1	0,2	0,3
Galicia	234.257	156.520	77.737	49,7	100,0	100,0	10,0	7,4
A Coruña	146.343	71.974	74.369	103,3	62,5	46,0	6,2	3,4
Lugo	21.341	20.448	893	4,4	9,1	13,1	0,9	1,0
Orense	18.191	16.116	2.075	12,9	7,8	10,3	0,8	0,8
Pontevedra	18.191	16.116	2.075	12,9	7,8	10,3	0,8	0,8
Vigo	28.978	30.948	-1.970	-6,4	12,4	19,8	1,2	1,5
Madrid	431.109	424.815	6.294	1,5	100,0	100,0	18,3	20,0
Madrid	431.109	424.815	6.294	1,5	100,0	100,0	18,3	20,0
Murcia	96.129	42.950	53.170	123,8	100,0	100,0	4,1	2,0
Murcia	73.919	34.856	39.063	112,1	76,9	81,1	3,1	1,6
Cartagena	22.210	8.103	14.107	174,1	23,1	18,9	0,9	0,4
La Rioja	16.556	17.896	-1.340	-7,5	100,0	100,0	0,7	0,8
La Rioja	16.556	17.896	-1.340	-7,5	100,0	100,0	0,7	0,8
Valencia	181.005	142.933	38.072	26,6	100,0	100,0	7,7	6,7
Alicante	56.612	39.908	16.704	41,9	31,3	27,9	2,4	1,9
Castellón	28.923	28.131	792	2,8	16,0	19,7	1,2	1,3
Valencia	95.470	74.894	20.576	27,5	52,7	52,4	4,1	3,5
Servs. centrales	0	0	0	—	0,0	0,0	0,0	0,0
Total	2.351.485	2.122.840	228.645	10,8	—	—	100,0	100,0

Fuente: MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx> (diciembre 2020)



## VI. BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN DE EXPERTOS PARA LA REFORMA DEL SISTEMA TRIBUTARIO ESPAÑOL (2014). *Informe*. Febrero de 2014
- EY (2020): Worldwide Estate and Inheritance Tax Guide 2020. Disponible en: [https://www.ey.com/en\\_gl/tax-guides/worldwide-estate-and-inheritance-tax-guide-2020](https://www.ey.com/en_gl/tax-guides/worldwide-estate-and-inheritance-tax-guide-2020) (diciembre de 2020).
- FUNCAS (2020): <https://www.funcas.es/wp-content/uploads/2020/12/NOTAPREN-SA-9.pdf> (diciembre 2020).
- GONZÁLEZ-VAL, R y MARCÉN, M. (2019). ¿Votan los españoles con los pies ante el *dumping* fiscal? El caso del impuesto sobre sucesiones y donaciones. *Documentos de Trabajo Instituto de Estudios Fiscales* 15/2019. Madrid. IEF.
- MINISTERIO DE HACIENDA (2020): Recaudación definitiva por tributos cedidos (varios años 2014-2019). Disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/Impuestos/RecaudacionDefinitivaTributosCedidos.aspx> (diciembre 2020).
- OCDE (1998). *Competencia fiscal perjudicial. Una cuestión emergente*. OCDE. París.
- SCHANZ, G. (1896). Der Einkommenbegriff und Einkommensteuergesetze Finanz Archiv. Vol. 13.
- SECRETARÍA GENERAL DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y LOCAL. SUBDIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES TRIBUTARIAS CON LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS (2020). *Tributación Autonómica. Medidas 2020*. <https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/DG%20Coordinacion%20Financiera%20CCAA%20EELL.aspx> (enero 2021).
- SIMONS, H.C. (1938). *Personal Income Taxation* University of Chicago Press. Chicago. Traducción al castellano: El impuesto sobre la renta personal. *Hacienda Pública Española*, núm. 3/1970.

## NOTAS

<sup>1</sup> Entre 1981 y 1984 se traspasaron 484 funciones y servicios a las CCAA. Entre 1984 y 1992 se inició la segunda fase de transferencias de competencias.

<sup>2</sup> La Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, aprobó la transferencia de competencias a las comunidades autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución.

<sup>3</sup> Aún tratándose de leyes orgánicas, los Estatutos de Autonomía parece que no pueden realizar estas transferencias. Así lo declara la Sentencia del Tribunal Constitucional 156/2004, de 21 de septiembre.

<sup>4</sup> En este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional 17/1990, de 7 de febrero, establece que no es de orden cuantitativo sino cualitativo, consistente en que las materias cuya titularidad se transfieran o deleguen por su propia naturaleza sean susceptibles de la transferencia o delegación.

<sup>5</sup> Algunas comunidades autónomas como Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura no aceptaron el sistema de transferencia, por lo que quedaron sujetas al modelo anterior, por lo que hasta 2002 no comenzaron a aplicar la competencia normativa sobre los tributos cedidos, ni tampoco participaron de la cesión parcial del IRPF.

<sup>6</sup> La cesión de las competencias normativas se ha realizado de manera paulatina y el creciente gasto público asumido por las comunidades autónomas ha llevado al establecimiento de tributos parafiscales. Recuérdese el conocido como «céntimo sanitario», que

no era más que un recargo sobre el Impuesto sobre Hidrocarburos, con carácter finalista, concebido para la cofinanciación de los gastos sanitarios.

<sup>7</sup> Ya en 1985 se habían presentado ante el Tribunal Constitucional 131 conflictos de competencias.

<sup>8</sup> Como tributo cedido, las comunidades autónomas desde 1997 tuvieron competencia normativa para poder:

Determinar la cuantía y los coeficientes del patrimonio preexistente

Establecer la tarifa, siempre que se mantuviera la progresividad similar a la estatal, teniendo que mantener idéntico el primer tramo y el tipo marginal mínimo.

Establecer las reducciones de la base imponible en las transmisiones *mortis causa*, manteniendo las estatales.

Gestión, liquidación, recaudación e inspección.

<sup>9</sup> Aunque a todas las Regiones se les han transferido competencias en materia de educación, sanidad o servicios sociales, en la actualidad no todas las comunidades de régimen común han asumido las competencias de prisiones o justicia.

<sup>10</sup> «1. Constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier título sucesorio. b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito *«inter vivos»*. c) La percepción de cantidades por los beneficiarios de contratos de seguros sobre la vida, cuando el contratante sea persona distinta del beneficiario, salvo los supuestos expresamente regulados en el artículo 16.2.a) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias. 2. Los incrementos de patrimonio a que se refiere el número anterior, obtenidos por personas jurídicas, no están sujetos a este impuesto y se someterán al impuesto sobre sociedades» (Art. 3 de Ley 29/1987 de 18 de diciembre según redacción dada en la modificación introducida el 28 de noviembre de 2014).

<sup>11</sup> El impuesto comprende la regulación de tres hechos imposables: transmisiones lucrativas *mortis causa e inter vivos*, así como la percepción de cantidades de seguros de vida cuando el beneficiario es persona distinta del contratante. Sin embargo, en este artículo solo se hace referencia a las transmisiones lucrativas por causa de muerte, y, especialmente, aquellas percibidas por personas ligadas por razones de parentesco.

<sup>12</sup> No son pocos los ejemplos de herederos que deben enajenar parte del caudal relicto para hacer frente al pago del impuesto, en un claro ejemplo de su carácter confiscatorio, ya que los tributos deben gravar capacidades económicas reales, y si el heredero debe vender parte del patrimonio heredado para hacer frente al pago del tributo es porque su capacidad económica real no se ha visto incrementada.

<sup>13</sup> Viene a colación recordar las aportaciones hechas por FISHER, pues aunque estaban referidas a la determinación de la renta objeto de gravamen, consideran que el pago de impuestos no puede implicar una merma del patrimonio inicial. Así afirma que el término *Konsumtionsfondstheorie* está delimitado por la exigencia de preservar intacto el capital original(...). Si la renta es lo que se puede consumir sin menoscabo del capital original, en tal caso es un mero hecho de valor y no una suma de bienes o de valores de bienes de consumo; y si es consumo, debemos, al igual que hace Fisher, llegar hasta el final, no quedarnos a mitad de camino. La *Konsumtionsfondstheorie* parece insistir en que la renta es consumo; pero insiste igualmente en la condición de que el consumo no sea mayor que algo más, alguna otra cosa. Si el aumento patrimonial, el incremento del capital no es renta, entonces la debilitación del capital no constituye una adecuada deducción. SIMONS (1938).

<sup>14</sup> El artículo 31.1 de la Constitución recoge los principios tributarios básicos de: generalidad, equidad, tributación según la capacidad económica y, finalmente establece que el sistema tributario en ningún caso tendrá carácter confiscatorio. 1. Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.

<sup>15</sup> Doble imposición económica: se produce cuando una renta tributa dos veces en manos de dos personas distintas. Esta doble imposición se produce, por ejemplo, en las rentas que proceden de dividendos y plusvalías derivadas de la participación en fondos propios de entidades.

Doble imposición jurídica: se produce cuando una renta tributa dos veces en manos de una misma persona. Esta doble imposición se produce, por ejemplo, en las rentas que proceden de un establecimiento permanente en el extranjero.

<sup>16</sup> Comisión nombrada por acuerdo del Gobierno, de 5 de julio de 2013.

<sup>17</sup> Este tributo que comenzó siendo íntegramente estatal ha pasado a convertirse en un tributo cedido a las comunidades autónomas. En 1996 (Ley 14/1996) se cedió la recaudación y se otorgaron las primeras competencias normativas. En 2001, estas competencias se ampliaron, de suerte que las CCAA pueden regular las reducciones que estimen convenientes, siempre que respondan a características económicas o sociales propias, la tarifa, cuantías y coeficientes del patrimonio existente y deducciones y bonificaciones de la cuota. Esta amplísima capacidad normativa ha deparado la existencia de muy importantes diferencias entre unas comunidades y otras, tal y como se expondrá a continuación.

<sup>18</sup> Ley 22/2009, de 18 de diciembre, artículo 32, Alcance de la cesión y puntos de conexión en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. Se cede a la comunidad autónoma el rendimiento del impuesto sobre sucesiones y donaciones producido en su territorio. 2. Se considera producido en el territorio de una comunidad autónoma el rendimiento del impuesto sobre sucesiones y donaciones de los sujetos pasivos residentes en España, según los siguientes puntos de conexión: a) En el caso del impuesto que grava las adquisiciones «*mortis causa*» y las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario, en el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. b) En el caso del impuesto que grava las donaciones de bienes inmuebles, cuando estos radiquen en el territorio de esa comunidad autónoma. A efectos de lo previsto en esta letra, tendrán la consideración de donaciones de bienes inmuebles las transmisiones a título gratuito de los valores a que se refiere el artículo 108 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. c) En el caso del impuesto que grava las donaciones de los demás bienes y derechos, en el territorio donde el donatario tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. 3. Cuando en un solo documento se donasen por un mismo donante a favor de un mismo donatario distintos bienes o derechos y por aplicación de los puntos de conexión el rendimiento deba entenderse producido en distintas comunidades autónomas, corresponderá a cada una de ellas el que resulte de aplicar, al valor de los donados cuyo rendimiento se le atribuye, el tipo medio que, según sus normas, corresponderá al valor de la totalidad de los transmitidos. 4. Cuando proceda acumular donaciones, corresponderá a la comunidad autónoma el rendimiento que resulte de aplicar, al valor de los bienes y derechos actualmente transmitidos, el tipo medio que, según sus normas, corresponderá al valor de la totalidad de los acumulados. A estos efectos se entenderá por totalidad de los bienes y derechos acumulados, los procedentes de donaciones anteriores y los que son objeto de la transmisión actual. 5. En los supuestos previstos en las letras a) y c) del apartado 2 anterior, se aplicará la normativa de la comunidad autónoma en la que el causante o donatario hubiere tenido su residencia habitual conforme a lo previsto en el artículo 28.1.1.º.b) de esta Ley.

<sup>19</sup> Ley 22/2009, de 18 de diciembre: artículo 48 Alcance de las competencias normativas en el impuesto sobre sucesiones y donaciones 1. En el impuesto sobre sucesiones y donaciones, las comunidades autónomas podrán asumir competencias normativas sobre: a) Reducciones de la base imponible: Las comunidades autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones «*inter vivos*», como para las *mortis causa*, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la comunidad autónoma de que se trate. —Asimismo, las comunidades autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por este o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla. —Cuando las comunidades autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la comunidad autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá,

en esa comunidad autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las comunidades autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado. b) Tarifa del impuesto. c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente. d) Deducciones y bonificaciones de la cuota. —Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las comunidades autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado. 2. Las comunidades autónomas también podrán regular los aspectos de gestión y liquidación. No obstante, el Estado retendrá la competencia para establecer el régimen de autoliquidación del impuesto con carácter obligatorio en las diferentes comunidades autónomas, implantando este conforme cada Administración autonómica vaya estableciendo un servicio de asistencia al contribuyente para cumplimentar la autoliquidación del impuesto.

<sup>20</sup> Exposición de motivos II-5 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, reguladora del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

<sup>21</sup> Según el artículo 20.2 de la Ley Reguladora del impuesto sobre sucesiones y donaciones:

Grupo I está integrado por los descendientes y adoptados menores de 21 años (hijos, nietos, biznietos,...).

Grupo II está integrado por los descendientes y adoptados de 21 o más años, así como los cónyuges, ascendientes y adoptantes.

<sup>22</sup> Forman parte del Grupo III, los colaterales de segundo grado (hermanos) y de tercer grado (sobrinos y tíos), ascendientes y descendientes por afinidad.

<sup>23</sup> En el anexo se pueden comprobar los distintos niveles de recaudación obtenidos por las comunidades autónomas en los últimos siete años, y cómo las disparidades entre regiones se han mantenido en el tiempo.

<sup>24</sup> Sería necesario un análisis más concreto de la recaudación para conocer si el descenso de la recaudación se debe a una reducción del número de donaciones, o es que las transmisiones *mortis causa* han descendido.

<sup>25</sup> En 2020, la comunidad más castigada será Baleares, donde se prevé una caída del PIB del 22%. El impacto será también severo en Canarias (-17,9%). Madrid (-13,6%) y Cataluña (-13,5%) registrarán recortes del PIB superiores a la media nacional (-12%, uno de los más acusados de entre los países desarrollados). En el resto de comunidades autónomas el descenso del PIB será inferior a la media. Murcia será la comunidad menos afectada, con una caída del 7,3%, junto a Castilla-La Mancha y Extremadura, con tasas del -7,5% y del -7,9% respectivamente.

Fuente: FUNCAS (2020).

<sup>26</sup> GONZÁLEZ-VAL, R. y MARCÉN, M. (2019), 20, se cuestionan si «¿Votan los españoles con los pies antes el dumping fiscal del ISD? Podríamos responder que sí, especialmente aquellos con edades entre 50 y 69 años, pero de forma transitoria salvo en aquellos municipios situados cerca de las fronteras entre CCAA». Revisar para un análisis econométrico de la correlación entre la baja fiscalidad de las sucesiones en los distintos territorios según la edad de los sujetos, la renta y el partido político en el gobierno.

<sup>27</sup> La OCDE en su informe publicado en abril de 1998, denominado «Competencia fiscal perjudicial: Un problema global», considera cuatro criterios clave para determinar la existencia de competencia fiscal perjudicial:

Existencia de un tipo efectivo de imposición cero o bajo, tanto por los tipos nominales como consecuencia del procedimiento para la determinación de la base imponible (condición necesaria aunque no suficiente).

Estanqueidad o aislamiento del régimen, vía exclusión de sus ventajas a los residentes (estaqueidad subjetiva) o limitación de su aplicabilidad para operaciones con no residentes (estaqueidad objetiva) o incluso con la restricción de tener que operar necesariamente con divisas extranjeras.

Falta de transparencia, a nivel legal, reglamentario o de funcionamiento administrativo, incluyendo la posibilidad de aplicar favorablemente ciertas disposiciones, *tax rulings*, etc.

Ausencia de intercambio efectivo de información respecto de los sujetos pasivos que se benefician de tal régimen.

Definiciones artificiales de la base imponible a través de disposiciones que resultan excesivas para los fines que pretenden (combatir los efectos de la inflación, evitar la doble imposición internacional, regímenes antiabuso) o que no se aplican igual en función de quien sea el contribuyente o que reducen claramente la base imponible.

No aplicación de los principios sobre precios de transferencia adoptados por la OCDE en 1995.

Exención de las rentas de fuente extranjera.

Posibilidad de que el contribuyente negocie con las autoridades fiscales las condiciones de tributación.

Ausencia de información, bien por existencia secreto bancario, de títulos de deuda al portador, etc.

Acceso a una amplia red de Convenios de doble imposición, que faciliten el mercado de conveniencia (treaty shopping).

Existencia de una acción de promoción publicitaria del régimen fiscal como medio para minimizar cargas tributarias.

El régimen fiscal favorece operaciones con motivos exclusivamente fiscales, es decir, operaciones de conducto fiscal o de derivación de los beneficios.

## 1.5. Obligaciones y contratos

# Novación e interpretación contractual

## *Contractual novation and interpretation*

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

*Profesora Doctora de Derecho civil*

*Universidad de La Rioja*

**RESUMEN:** En el ámbito de las relaciones contractuales son frecuentes los acuerdos que con posterioridad a la celebración de un contrato proceden a novar a este. El problema surge sobre los efectos de esa novación: si son meramente modificativos o, por el contrario, merecen ser calificados de extintivos, provocando la sustitución de una obligación o contrato por otro, desapareciendo el original y con él las obligaciones y garantías accesorias. La importancia de determinar una u otra modalidad se ha evidenciado en la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo quien ha venido delimitando los presupuestos de la apreciación de una u otra modalidad, siempre bajo la premisa de una interpretación subjetiva espiritualista, que debe buscar principalmente la determinación de la voluntad común de las partes al celebrar ese segundo contrato novatorio. El objeto de este trabajo es exponer, analizar y comentar la doctrina del Tribunal Supremo en el marco de la novación y la interpretación contractual, cerrando este análisis con el comentario de dos sentencias que abordan estas cuestiones con respecto a un contrato de compraventa (STS núm. 261/2020, de 8 de junio) y a un contrato de arrendamiento urbano (STS núm. 190/2021, de 31 de marzo).

**ABSTRACT:** *In the field of contractual relationships, agreements are frequent that, after the conclusion of a contract, proceed to renew it. The problem arises on the effects of this novation: if they are merely modifying or, on the contrary, they deserve to be classified as extinct, causing the substitution of one obligation or contract for another, the original disappearing and with it the accessory obligations and guarantees. The importance of determining one or another modality has been evidenced in the jurisprudential doctrine of our Supreme Court, which has been delimiting the presuppositions of the appreciation of one or another modality, always under the premise of a subjective spiritualist interpretation, which must mainly seek the determination of the common will of the parties when entering into that second novatory contract. The purpose of this work is to expose, analyze and comment on the doctrine of the Supreme Court in the framework of novation and contractual interpretation, closing this analysis with the comment of two judgments that address these issues with respect to a sales contract (STS No. 261/2020, of June 8) and to an urban lease (STS No. 190/2021, of March 31).*

**PALABRAS CLAVE:** Arrendamiento. Compraventa. Interpretación espiritua-  
lista. Interpretación literal. Novación extintiva. Novación modificativa.

**KEY WORDS:** *Lease. Purchase. Spiritual interpretation. Literal interpretation.*  
*Extinction novation. Modifying novation.*

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO.—II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS.—III. NOVACIÓN EXTINTIVA Y NOVACIÓN MODIFICATIVA: 1. LA NOVACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL. 2. LA NOVACIÓN EXTINTIVA Y MODIFICATIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 3. LA STS NÚM. 261/2020, DE 8 DE JUNIO. 4. LA STS NÚM. 190/2021, DE 31 DE MARZO.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.

## I. PLANTEAMIENTO

Con mucha frecuencia, especialmente en contratos de larga duración como los arrendamientos, las partes de una relación contractual adoptan nuevos acuerdos que afectan a la misma: los efectos pueden suponer una simple modificación del contrato y obligaciones originales o pueden implicar la extinción de la relación anterior constituyendo una nueva con un contenido distinto.

El problema surge cuando el contenido de ese nuevo documento, anexo o acuerdo pactado entre las partes afectante a la relación original no es claro al concretar si sus efectos son modificativos o extintivos. En estos casos, como ante cualquier duda y discrepancia que se derive de los contratos y que provoca un litigio entre las partes, el juez que conoce del caso, y cualquier operador jurídico, deberá atender a los criterios de interpretación de los contratos señalados en nuestro ordenamiento, así como a la doctrina jurisprudencial que sobre los mismos ha venido marcando el Tribunal Supremo; y especialmente en este ámbito deberá tenerse en cuenta la distinción dentro de las novaciones contractuales (o de las obligaciones) entre la novación extintiva o propia y la novación modificativa o impropia (arts. 1204 y 1203 CC), respecto de las cuales el Tribunal Supremo ha sentado doctrina clara en cuanto a su apreciación en, entre otras, las SSTS núm. 261/2020, de 8 de junio, y núm. 190/2021, de 31 de marzo.

En este trabajo se analizarán y concretarán los requisitos y presupuestos para apreciar en cada caso uno u otro tipo de novación, en atención a esa doctrina del Tribunal Supremo.

## II. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS

En primer lugar, aun brevemente, procede prestar atención a las reglas o criterios de interpretación de los contratos, pues a ellas deberá acudirse en caso de discrepancias entre las partes sobre su contenido y efectos.

Cuando se habla de interpretación de los contratos en sentido estricto se hace referencia a la labor de identificación y concreción del contenido de los contratos (y con ello de los derechos y obligaciones de las partes) con base en la intención y voluntad común de las partes al celebrar ese contrato y emitir sus consentimientos: cuál era su propósito al celebrarlo; cuál es el sentido de sus vo-



luntades manifestadas a través de ese contrato escrito o verbal o incluso a través de los comportamientos de las partes. No se trata tanto de averiguar la voluntad individual de cada parte, sino la voluntad común, coincidente, que les llevó a ambas a emitir sus consentimientos para vincularse a través de ese contrato.

En el Código civil, en sus artículos 1281 a 1289, se recogen unos criterios de interpretación que son los tradicionalmente utilizados por los tribunales e intérpretes juristas en general. De hecho, la STS núm. 190/2021, de 31 de marzo, advierte que «las prescripciones que sobre la interpretación de las declaraciones de voluntad contractual contienen los artículos 1281 a 1289 del Código civil no son meras reglas orientadoras para el intérprete, sino auténticas normas imperativas, cuya infracción abre la posibilidad de su acceso a casación por la vía del artículo 477.1 LEC, lo que supone que el control de interpretación es, en este recurso, un control solo de legalidad».

A este respecto, en el marco de la interpretación realizada por los tribunales existe la doctrina jurisprudencial ya consolidada de que esta labor hermenéutica de los contratos es función propia de los tribunales de instancia, revisable en casación solo en dos supuestos: i) en caso de que su resultado sea manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario y, ii), cuando vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos (STS núm. 190/2021, de 31 de marzo<sup>1</sup>). Esta doctrina viene ya recogida en, entre otras, las SSTS núm. 498/2018, de 14 de septiembre, núm. 251/2019, de 6 de mayo, núm. 82/2019, de 7 de febrero, núm. 731/2014, de 26 de diciembre, núm. 198/2012, de 26 de marzo<sup>2</sup>.

En consecuencia, en sede del recurso de casación, el único objeto de discusión sobre la interpretación contractual debe ceñirse a su eventual ilegalidad, arbitrariedad o contradicción del raciocinio lógico. Por ello, salvo en estos casos, prevalecerá el criterio del tribunal de instancia, aunque la interpretación contenida en la sentencia no sea la única posible, o pudiera haber alguna duda razonable acerca de su acierto o sobre su absoluta exactitud (STS núm. 190/2021, de 31 de marzo, que a su vez cita las SSTS de 4 de abril de 2011, de 13 de junio de 2011, de 4 de octubre de 2011 y de 10 de octubre de 2011, entre otras).

Por tanto, según el Tribunal Supremo quedan fuera del ámbito de la casación toda revisión del resultado de la labor de investigación del sentido jurídicamente relevante de las declaraciones de voluntad que resulte respetuoso con los imperativos legales que disciplinan la labor del intérprete, aunque no sea el único significado admisible conforme a ellos (STS núm. 731/2014, de 26 de diciembre), siempre que no sea manifiestamente arbitrario o contrario a las reglas de la lógica y de la razón (art. 218.2 LEC).

Volviendo a las reglas hermenéuticas señaladas en el Código civil, pueden distinguirse unos criterios de interpretación subjetiva (que atienden a la voluntad real interna de las partes: *vid.*, arts. 1281 a 1283 CC) y unos criterios de interpretación objetiva (que buscan dotar de sentido a las declaraciones de voluntad y resolver las dudas planteadas con base a elementos ajenos a la propia voluntad interna de las partes: *vid.*, arts. 1284 a 1289 CC).

Nuestra jurisprudencia, con el Tribunal Supremo como intérprete principal, ha considerado la interpretación subjetiva espiritualista como la preferente, considerando esencial concretar la voluntad o intención común de las partes. «El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes. Esta búsqueda de la intención común de las partes se proyecta, necesariamente, sobre la totalidad del contrato celebrado, considerado como una unidad lógica y no como una mera suma de cláusulas, de ahí que la interpretación sistemática (art. 1285 CC)

constituya un presupuesto lógico-jurídico de esta labor de interpretación» (SSTS núm. 13/2016, de 1 de febrero, y núm. 67/2020, de 3 de febrero, que a su vez citan las SSTS núm. 294/2012, de 18 de mayo, y núm. 27/2015, de 29 de enero)<sup>3</sup>; en igual sentido, STS núm. 190/2021, de 31 de marzo.

Ahora bien, partiendo de esa premisa y principio rector en la labor interpretativa de búsqueda de la voluntad común de las partes, dentro de los criterios o reglas de interpretación el atender al sentido literal de los términos del contrato es el principal punto de partida (interpretación de carácter instrumental: cfr. SSTS núm. 610/2016, de 7 de octubre, núm. 274/2016, de 25 de abril, núm. 243/2016, de 13 de abril, y núm. 27/2015, de 29 de enero), de modo que, si del tenor literal se deriva con claridad y sin duda alguna cuál era la intención de las partes con ese contrato, entonces se estará a esa literalidad de la cláusula (pues se presume que si los términos del contrato son claros y precisos los mismos se corresponderán con lo querido por las partes): artículo 1281 del Código civil, en su primer párrafo<sup>4</sup>. Pero conviene reiterar que sigue siendo prevalente atender a la voluntad común de las partes y su búsqueda y concreción en el eje central de toda labor interpretativa de los contratos. Así, la STS núm. 67/2020, de 3 de febrero advierte: «conviene aclarar, como afirmamos en la Sentencia 690/2014, de 9 de diciembre, que de lo dispuesto en el Código civil no resulta la prevalencia de la literalidad del contrato sobre la voluntad de las partes, pues «la lectura del artículo 1281 del Código civil conduce necesariamente a la conclusión contraria, pues según dicha norma solo se estará al sentido literal de las cláusulas cuando los términos del contrato sean claros y no dejen duda sobre la intención de los contratantes», añadiéndose que «si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas»; lo que pone de manifiesto que es la intención de las partes y no la literalidad del contrato el elemento de interpretación prevalente».

En consecuencia, si una interpretación literal evidencia que el tenor gramatical no se corresponde con la real intención de las partes y «contribuye a mostrar que el contrato por su falta de claridad, por la existencia de contradicciones o vacíos, o por la propia conducta de los contratantes, contiene disposiciones interpretables», en tal caso «la labor de interpretación debe seguir su curso, con los criterios hermenéuticos a su alcance (arts. 1282-1289 CC), para poder dotar a aquellas disposiciones de un sentido acorde con la intención realmente querida por las partes y con lo dispuesto imperativamente en el orden contractual» (SSTS núm. 13/2016, de 1 de febrero, y núm. 67/2020, de 3 de febrero); de modo que, como señala el segundo párrafo del artículo 1281 del Código civil, «si las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas». En este último punto, como acaba de señalarse la clave para descartar el tenor literal es que se «evidencie» claramente que la intención de las partes es contraria al mismo, y tal «evidencia» puede derivarse por ejemplo de actos de las partes (art. 1282 CC) o del contexto del contrato en su conjunto (canon de interpretación sistemática o de la totalidad: art. 1285 CC).

En los artículos 1282 a 1289 del Código civil se acogen varios criterios o reglas hermenéuticas para que, al margen de la literalidad de la cláusula contractual, pueda resolverse la controversia con base en la intención común de las partes al celebrar el contrato.

El artículo 1282 del Código civil señala que, a este respecto, principalmente deberá atenderse a los actos de las partes, coetáneos y posteriores al contrato, aunque es tradicionalmente admitido por nuestra jurisprudencia que también se pueda atender a los actos anteriores al propio contrato (por todas, STS núm. 500/2020, de 5 de octubre); debiendo advertirse que esos actos que pueden

tenerse en cuenta deben referirse a las partes del contrato y no a terceros<sup>5</sup> y deben evidenciar una voluntad común, no individual de una de las partes (SSTS núm. 190/2021, de 31 de marzo, y núm. 714/2015, de 14 de diciembre<sup>6</sup>).

Por su parte, el artículo 1283 del Código civil insiste en la intención de las partes y acoge un criterio de interpretación restrictiva, de modo que no deberán entenderse comprendidos en el contrato cosas y casos distintos de aquellos sobre los que las partes pretendieron contratar.

Ya en los artículos siguientes se acogen criterios más objetivos de interpretación: el principio de conservación del contrato, con el que se atribuiría el sentido que permitiría al contrato producir efectos (art. 1284 CC); la interpretación sistemática o de la totalidad del contrato, atendiendo al sentido del conjunto del contrato (art. 1285 CC); la interpretación finalista que atribuiría la acepción de las palabras que sea más acorde con la naturaleza y objeto del contrato (art. 1286 CC); una interpretación conforme a los usos (art. 1287 CC); la llamada interpretación *contra stipulatorem* ante casos de cláusulas oscuras, determinando que su interpretación no puede favorecer a la parte que causó la oscuridad (art. 1288 CC); y, por último, las reglas de interpretación subsidiarias a la aplicación de los anteriores criterios, como cláusula de cierre, prevista en el artículo 1289 del Código civil<sup>7</sup>.

### III. NOVACIÓN EXTINTIVA Y NOVACIÓN MODIFICATIVA

#### 1. LA NOVACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL

En el marco de la autonomía de la voluntad privada *ex* artículo 1255 del Código civil las partes de un contrato o relación obligatoria pueden modificar esas obligaciones. La novación puede afectar a los sujetos (novación subjetiva) o al objeto (novación objetiva) de esa relación o contrato, pero también al propio vínculo y contenido obligacional o a elementos accesorios.

El artículo 1203 del Código civil es el primero de los preceptos del Código civil que regulan la novación como institución jurídica especial y ahí se indica que: «Las obligaciones pueden modificarse: 1.º Variando su objeto o sus condiciones principales. 2.º Sustituyendo la persona del deudor. 3.º Subrogando a un tercero en los derechos del acreedor».

Ahora bien, el artículo 1156 del Código civil al indicar las causas de extinción de las obligaciones señala la novación; y en el artículo 1204 del Código civil también se alude a unos efectos extintivos de la novación al advertir de unos concretos presupuestos para que estos efectos tengan lugar: «Para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles».

He aquí por tanto una dualidad de esta institución en cuanto a los efectos reconocidos a la misma y cuya distinción es importante en la práctica. Una novación puede tener efectos extintivos de la obligación a la que afecta o efectos meramente modificativos de la misma. En algunas ocasiones la identificación de ante qué supuesto nos encontramos es sencilla, fundamentalmente porque las partes expresamente lo han indicado así en el propio acuerdo novatorio oportunamente documentado; pero en otras ocasiones es necesario acudir a la interpretación de ese nuevo acuerdo, bajo las reglas que antes se han comentado, para determinar sus efectos y con ello resolver las discrepancias y controversia que por ello hayan surgido entre las partes.

De esta dualidad en los términos regulados por el Código civil se ha derivado la distinción, mayoritariamente aceptada por la doctrina y consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre novación extintiva, considerada como la que verdadera y propiamente debe considerarse y denominarse «novación» (cfr. arts. 1156, 1204 y 1207 CC), y novación modificativa o impropia (cfr. art. 1203 CC). «La novación consiste, según los artículos 1156 y 1204 del Código civil en una forma de extinción de las obligaciones, si bien se ha aceptado por la jurisprudencia y la doctrina científica que es posible que el cambio de alguno de los elementos de la obligación no produzca por sí misma la extinción de la primitiva obligación, sino la modificación simple, en la que perviven los efectos de la misma» (STS núm. 556/2009, de 15 de julio); de ahí que sea una cuestión consolidada en nuestra jurisprudencia la distinción entre la novación extintiva y la novación modificativa: *vid.*, entre otras, las SSTS de 31 de marzo de 2021, de 8 de junio de 2020, de 20 de noviembre de 2018, de 11 de febrero de 2016, de 31 de julio de 2015, de 19 de octubre de 2012, de 15 de julio de 2009, de 10 de junio de 2003, de 26 de junio de 2002, de 28 de diciembre de 2000 y de 23 de mayo de 2000.

En la novación extintiva o propia la obligación original afectada se extingue y se sustituye totalmente por la nueva obligación. Sin embargo, en la novación modificativa o impropia la obligación original no desaparece, subsiste como tal aunque modificada, pues únicamente se altera alguno de los sujetos o el objeto o parte del contenido de la obligación sin que resulte incompatibilidad ni haya alteración esencial en la obligación o contrato original, y por tanto, sin que ello determine la extinción de la misma y su sustitución por otra, por no existir voluntad de ello. Tal y como señala la STS núm. 311/2006, de 16 de marzo: «La novación modificativa o impropia, como su denominación implica, no tiene efectos extintivos, sino únicamente de simple cambio o alteración de alguno de los aspectos no fundamentales en cuanto a su carácter y naturaleza, del negocio u obligación por ella aceptado, razón por la cual el contrato en cuestión se mantiene aún cuando modificado en alguno de sus aspectos (Sentencias de 7 de marzo de 1986, 16 de diciembre de 1987, 24 de julio de 1989 y 4 de abril de 1990), (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1992). Para que exista novación es preciso que se produzca un cambio o sustitución de una relación obligatoria por otra con ánimo de extinguir o modificar esencialmente la primera, lo que plantea un problema de interpretación que es privativo de la Sala de instancia a cuyo criterio hay que estar en tanto no sea adecuadamente impugnado por no ser racional y lógico —Sentencias de 9 de abril de 1957 y, 20 y 26 de enero de 1961— (Sentencia del TS de 2 de enero de 1976). En igual sentido la Sentencia de 21 de noviembre de 1991».

Atendiendo a los presupuestos indicados en el artículo 1204 del Código civil, para considerar que la novación es extintiva debe declararse así por las partes de modo «terminante», expreso, o bien que el contenido de la obligación original y el de la nueva obligación sean esencial y totalmente incompatibles entre sí, lo que determina que quepa considerar concurrente un *animus* de sustitución de una obligación por otra, extinguiendo la original (bajo lo que podría considerarse como una declaración tácita de novación extintiva)<sup>8</sup>. De modo que cabe afirmar que son presupuestos de esta novación extintiva: i) la creación de una nueva obligación respecto a otra preexistente; ii) la disparidad entre la primitiva y la nueva obligación (*aliquid novi*); y iii) el *animus novandi* extintivo de esa originaria obligación, que puede ser expreso (declaración terminante) o tácito (resultando incompatibles la nueva y la primera obligación): cfr. SSTS núm. 261/2020, de 8

de junio, núm. 647/2018, de 20 de noviembre, núm. 41/2016, de 11 de febrero, y núm. 451/2015, de 31 de julio<sup>9</sup>, entre otras.

Además, en el artículo 1207 del Código civil se advierte que, tratándose de una novación propia o extintiva, las obligaciones accesorias a la obligación principal extinguida y sustituida por la nueva obligación también se extinguirán, salvo en cuanto esas obligaciones accesorias aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento, pudiendo subsistir para tal efecto.

A *sensu contrario* cabe afirmar entonces que para apreciar una novación simplemente modificativa en el caso controvertido no deberían concurrir una declaración clara por las partes sobre el ánimo extintivo de la novación ni una esencial incompatibilidad entre ambas obligaciones. Y, además, en el caso de tratarse de una novación impropia las obligaciones accesorias subsistirán sin excepción, al igual que subsiste la obligación principal original, pese a ser modificada.

Sobre esta distinción entre novación modificativa y extintiva, su apreciación en cada caso y sus efectos ha ido desarrollando nuestro Tribunal Supremo una doctrina que se ha consolidado y que ha sido matizada en las SSTS núm. 261/2020, de 8 de junio, y núm. 190/2021, de 31 de marzo, que se analizarán a continuación.

## 2. LA NOVACIÓN EXTINTIVA Y MODIFICATIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Como se ha comentado ya anteriormente, es una cuestión consolidada en nuestra jurisprudencia la distinción entre la novación extintiva y la novación modificativa: *vid.*, entre otras, las SSTS de 31 de marzo de 2021, de 8 de junio de 2020<sup>10</sup>, de 20 de noviembre de 2018, de 11 de febrero de 2016, de 31 de julio de 2015, de 19 de octubre de 2012, de 15 de julio de 2009, de 10 de junio de 2003, de 26 de junio de 2002, de 28 de diciembre de 2000 y de 23 de mayo de 2000, que vienen a considerar la novación en su sentido estricto (o propia) a la novación extintiva, como modo de extinguir la obligación por la constitución de una nueva que la sustituye; pero admitiendo junto a la extintiva, la novación impropia o meramente modificativa; si bien considerando que el término «novación» debe utilizarse para referirse a la novación extintiva, dejando la expresión «modificación objetiva o subjetiva» para referirse a la que es simple alteración.

Tal y como recuerda la STS núm. 261/2020, de 8 de junio, con cita de la STS núm. 647/2018, de 20 de noviembre, en la novación extintiva «se parte de la preexistencia de una obligación y la creación de otra nueva que sustituye a aquella, ambas válidas, y se exigen dos elementos: (i) la disparidad entre la primitiva y la nueva obligación (*aliquid novi*) y (ii) la voluntad de producir la extinción de la primitiva obligación y su sustitución por otra (*animus novandi*)».

Por la intensidad de sus efectos extintivos, dado que extingue no solo la obligación principal que se ve afectada, sino también todas las obligaciones o garantías accesorias (que solo podrá subsistir en cuanto aprovechen a terceros que no hubieran prestado su consentimiento a la novación: art. 1207 CC), es por lo que la novación extintiva (que implica el nacimiento de una nueva obligación que sustituye a la anterior que desaparece) se ve sometida a un mayor formalismo (STS núm. 261/2020, de 8 de junio).

A este respecto, ya la STS núm. 1356/2007, de 19 de diciembre, advirtió que para apreciar novación extintiva debe existir base fáctica suficiente y clara que acredite ser esa la voluntad de las partes<sup>11</sup>; novación extintiva que es de interpretación restrictiva y no se presume: debe constar clara e inequívocamente esa

voluntad de novar y sustituir una obligación por otra (STS núm. 1222/2000, de 28 de diciembre). Lo cual no quiere decir que se exija que se trate de una voluntad expresa, admitiéndose la tácita, aunque resulta de más difícil acreditación o prueba. El consentimiento no solo se presta mediante actos expuestos, sino que cabe también descubrirlo en la conducta tácita de las partes. Ahora bien, sobre esta posibilidad hay que tener en cuenta también que si no hay voluntad expresa declarada, la admisión del consentimiento tácito viene fundamentada y justificada en el hecho de que tal voluntad tácita se infiera de actos concluyentes e inequívocos «ya que de lo contrario estaríamos transformando una simple novación modificativa o novación impropia en auténtica novación» (propia o extintiva), con los efectos que esta supone, sin duda más intensos que los de una mera novación modificativa (STS núm. 1356/2007, de 19 de diciembre).

Y esa voluntad novatoria tácita (*animus novandi* tácito) en atención a lo indicado en el artículo 1204 del Código civil, viene entendiéndose por la jurisprudencia que se deriva, para el caso de la novación extintiva, de una apreciación de incompatibilidad «de todo punto», total o esencial, entre la antigua y la nueva obligación (SSTS núm. 261/2020, de 8 de junio, núm. 647/2018, de 20 de noviembre, núm. 41/2016, de 11 de febrero, y núm. 451/2015, de 31 de julio<sup>12</sup>, entre otras).

Pero en este punto debe tenerse en cuenta que la facultad de determinar si se dan o no los requisitos de la novación (extintiva o modificativa), que es una cuestión de puro hecho, reside en los Tribunales de Instancia (primera o segunda) y a su criterio ha de estarse en tanto no sea atacada por la vía adecuada (entre otras, SSTS núm. 190/2021, de 31 de marzo, núm. 261/2020, de 8 de junio, núm. 818/2009, de 19 de diciembre, núm. 1356/2007, de 19 de diciembre y núm. 433/1997, de 20 de mayo); una valoración de la prueba por el juzgador de instancia que deberá respetarse salvo que se acredite que es errónea, arbitraria, irracional, ilógica o manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico, partiendo por ello de la revisión de tal apreciación como algo excepcional en instancias posteriores, y especialmente en casación (entre otras, SSTS núm. 456/2021, de 28 de junio<sup>13</sup>, núm. 190/2021, de 31 de marzo, núm. 7/2020, de 8 de enero, núm. 572/2019, de 4 de noviembre, núm. 41/2016, de 11 de febrero, y núm. 28/2015, de 11 de febrero). Conforme a la citada STS núm. 41/2016, de 11 de febrero: «En esta línea, también hay que precisar que cuando existe contradicción entre las partes corresponde a los tribunales de justicia la valoración o interpretación del alcance jurídico de los hechos que determinan el fenómeno de la novación, esto es, si tales hechos comportan un efecto sustitutorio de la obligación y, en tal caso, si dicho efecto sustitutorio se proyecta de un modo propio o extintivo sobre el originario vínculo obligacional, o por el contrario si se proyecta de un modo impropio o meramente modificativo de dicho vínculo obligacional. En principio, la valoración jurídica realizada en la instancia debe prevalecer en casación, y a ella habrá de estarse cuando dicha valoración resulte coherente y razonable (STS de 3 de noviembre de 2004), o cuando no se revele falta de racionalidad o de lógica (SSTS de 4 de marzo de 2005, 16 de marzo de 2006 y 1 de julio de 2006, entre otras)».

Ya se ha indicado que la novación extintiva o novación propia no se presume y es de interpretación restrictiva, lo que implica que la mutación que no encaje en alguno de los casos anteriormente indicados de concurrencia de *animus novandi* expreso o tácito por incompatibilidad esencial, deberá considerarse novación simplemente modificativa. Tal y como advierte la STS núm. 261/2020, de 8 de junio: «la jurisprudencia de esta Sala, siguiendo el texto legal (art. 1203 CC), ha



considerado que para que se aprecie la novación modificativa, no es necesario que se siga el rigorismo formal que exige el artículo 1204 del Código civil (SSTS de 11 de julio de 1985 y 26 de enero de 1988, y las allí citadas), pues, como señala esta última, para estimar una novación modificativa basta que el concierto de la misma se desprenda de hechos que tengan virtualidad suficiente para apreciarla (*vid.*, Sentencia 28/2015, de 11 de febrero). Resulta ello coherente con la menor intensidad de los efectos de la novación modificativa, en la que la *prior obligatio* subsiste, si bien afectada por la modificación, lo que implica el mantenimiento no solo del vínculo principal sino también la conservación de su antigüedad y de las garantías accesorias».

Y es que, además, el Tribunal Supremo ha advertido reiteradamente que, en caso de duda, debe prevalecer la solución que ocasione el efecto más débil, y ese es el modificativo, no el extintivo (*vid.*, STS núm. 261/2020, de 8 de junio y núm. 686/2011, de 19 de octubre, entre otras).

De acuerdo con la STS núm. 28/2015, de 11 de febrero, «los límites que separan la novación extintiva de la modificativa cuando la misma se opera por variación del objeto o condiciones de la obligación son harto imprecisos y [sic] ha de atenerse a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto para determinar la existencia de una o de otra». Por tanto, en cada caso deberán ponderarse las circunstancias e interpretarse el contrato objeto de controversia por el Tribunal bajo las reglas y criterios que ya se han comentado anteriormente, fundamentalmente en los casos en que no haya declaración expresa sobre los efectos extintivos de la novación realizada y el intérprete deba concretar si hubo voluntad tácita extintiva o si, por el contrario, la voluntad solo puede inferirse que fue modificativa, no siendo esencialmente incompatibles ambas obligaciones (original y nueva).

Como reflejo de esta doctrina jurisprudencial que se acaba de indicar en este trabajo se comentarán a continuación dos supuestos resueltos recientemente por el Tribunal Supremo: el primero sobre un caso de compraventa con novación del precio de compra (STS núm. 261/2020, de 8 de junio); y el segundo sobre un arrendamiento urbano (STS núm. 190/2021, de 31 de marzo).

### 3. LA STS NÚM. 261/2020, DE 8 DE JUNIO

En este caso hubo un contrato privado de compraventa de una finca urbana el 31 de enero de 2005 en el que se estipuló que «el precio de la compraventa ascendía a la cantidad de 240404,84 euros, y que la forma de pago sería la siguiente: a) 3005,06 euros se pagarían a la firma del contrato; b) 207349,18 euros a la firma de la escritura pública; y c) 30050,60 euros en un plazo máximo de cinco años a contar desde dicha fecha».

Pero posteriormente, el 9 de mayo de 2005, las partes otorgaron escritura pública de compraventa de esa misma finca urbana en la que se fijó como precio de compra 210354,24 euros, indicándose expresamente sobre ello: «Dicho precio se confiesa recibido íntegramente por la sociedad vendedora, que en consecuencia otorga plena carta de pago a favor de la compradora». Asimismo, en la escritura se reconoce recibido por la entidad vendedora, también íntegramente, el importe del IVA.

Consta asimismo que los compradores obtuvieron un crédito justamente por ese mismo importe de 210354,24 euros en la misma fecha de otorgamiento de la escritura pública (el 9 de mayo de 2005).



E igualmente consta que la vendedora emitió ese mismo día de otorgamiento de la escritura pública una factura por ese importe de 210 354,24 euros más el IVA correspondiente.

En 2015 la entidad vendedora presentó demanda contra los compradores reclamándoles 21 045,54 euros, como parte pendiente de pago del precio suscrito en el contrato privado de 31 de enero de 2005, más los intereses de demora, y los intereses y costas del proceso.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda por entender que no hubo novación en el precio y que el contrato privado estaba plenamente vigente en cuanto a la parte de pago aplazado.

Recurrida por los compradores la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial estimó el recurso y consideró que sí existió novación modificativa del contrato en cuanto al precio, y por ello no puede considerarse incumplido el contrato privado.

La sociedad vendedora recurrió en casación y el Tribunal Supremo en esta Sentencia núm. 261/2020, de 8 de junio, desestimó el recurso, bajo una fundamentación que comentaré seguidamente.

Como se ha indicado, la controversia principal radica en cuál es el precio real pactado y el que debe cumplirse (el que consta en el contrato privado o el de la escritura pública) y en los efectos que esa escritura pública discrepante en cuanto al precio tiene en relación con el documento privado previo.

El Tribunal Supremo en esta sentencia en primer lugar recuerda y consolida la doctrina existente en cuanto a la distinción entre novación extintiva o propia y novación modificativa o impropia a la que he aludido anteriormente. Partiendo de los presupuestos formales exigidos para la novación extintiva en el artículo 1204 del Código civil, de que esa novación propia no se presume, sino que es de interpretación estricta, y atendiendo a los efectos más débiles que se derivan en la novación modificativa, viene a considerar que en este caso en la sentencia de apelación recurrida no se ha infringido el artículo 1204 del Código civil. Con cita de la STS núm. 686/2011, de 19 de octubre, que resolvió un supuesto similar, señala: «es cierto que ha habido una reducción del precio en la escritura pública respecto del fijado en el documento privado, pero ello no supone novación extintiva, sino modificativa. Esto es así porque ni el efecto extintivo se declara por las partes, ni siquiera se deduce una voluntad en tal sentido, ni hay absoluta incompatibilidad de las obligaciones. La mera variación del objeto o condiciones principales no excluye el efecto modificativo (art. 1203.1.º CC), y la alteración del precio en el caso no tiene virtualidad suficiente para apreciar una novación extintiva (S. 4 de marzo de 2006 sic). Además debe tomarse en cuenta que en la duda debe prevalecer el efecto más débil —modificativo—, y que no cabe cambiar en casación el criterio de la instancia cuando el mismo, al ponderar la significación económica de la modificación, no resulta irrazonable».

Ahora bien, lo cierto es que en este supuesto existiera novación modificativa o extintiva el resultado sería el mismo: no podría reclamarse el pago del precio indicado en el contrato, ya fuera porque se extinguió y se creó una nueva obligación con un precio distinto, ya fuera porque se modificó el precio de la obligación existente. Si la cuestión principal era la vigencia de ese contrato privado y la posible reclamación del precio fijado en el mismo, si se entiende que con la escritura pública lo que hubo es un nuevo acuerdo novatorio del acuerdo anterior, se califique tal novación bajo cualquiera de las dos modalidades indicadas (extintiva o modificativa) lo cierto es que el precio se entenderá que ha cambiado y que es el último acordado el que se entiende debe cumplirse. La cuestión radica

en si hubo o no novación, con independencia de la modalidad de esta. Y es por ello que el Tribunal Supremo centra su atención en la eficacia de la elevación a público de ese contrato de compraventa en relación al documento privado previo.

En este punto debe partirse de lo señalado en el artículo 1224 del Código civil: «Las escrituras de reconocimiento de un acto o contrato nada prueban contra el documento en que estos hubiesen sido consignados, si por exceso u omisión se apartaren de él, a menos que conste expresamente la novación del primero».

Esa elevación a público de un contrato privado puede tener, como señala el Tribunal Supremo en esta STS de 8 de junio de 2020, unos efectos meramente reconocitivos o confesorios (reproduciendo sin más el contenido del documento privado) o efectos novatorios o de modificación del contrato. El Tribunal Supremo advierte que el artículo 1224 del Código civil se aplica solo a aquellas escrituras que cumplen una función estrictamente de reconocimiento del contrato previo, y por ello es en esos casos en los que no tendrá ningún efecto el hecho de que esa escritura se aparte del contrato que simplemente debía reproducir; para entender que se trata de una escritura de este tipo se exige al menos una referencia al contrato inicial que pretende reconocerse. «El artículo 1224 del Código civil hace, pues, referencia a la escritura reconocitiva y para que nos encontremos dentro de su ámbito de aplicación requiere que se reseñe en la propia escritura el documento originario, ya que como señaló la Sentencia de esta Sala de 17 de julio de 1984, su carácter meramente reconocitivo o confesorio (con exclusión de toda eficacia novatoria) exige al menos una referencia al acto o contrato inicial: «el citado precepto contempla un reconocimiento que no es sino confesión y así, habrá de tener, para suministrar aquel supuesto, un contenido estrictamente confesorio que exige al menos una referencia al acto o contrato primordial». Requisito que no concurre cuando la escritura pública posterior «presenta el contrato que solemniza como autónomo y desligado de cualquier otro preexistente, que es silenciado absolutamente».

Por el contrario, este artículo 1224 del Código civil no se aplicará a las escrituras que suceden la reglamentación de un contrato, tras haberse firmado un documento privado, incorporando contenidos discordantes entre sí. En estos casos, se entiende que existiría una novación contractual y esa nueva reglamentación de intereses previstos en la escritura pública sustituirá a la previsión anterior en documento privado en cuanto a esos aspectos discordantes. Ahora bien: advierte el Tribunal Supremo que tampoco puede afirmarse que la discordancia entre documentos automáticamente determina esa sustitución; para entender que hubo tal sustitución, dado que el nuestro es un sistema de reconocimiento de la autonomía de la voluntad privada, debe atenderse a la regla principal de interpretación contractual que es la espiritualista, concretando la real voluntad común de las partes en ese nuevo contrato (en este caso, la escritura pública de mayo de 2005) y si se aprecia que se quería esa novación o sustitución de ese contenido discordante entre ambos documentos (en este caso, el precio a pagar por la finca urbana), tal modificación tendrá plenos efectos, con lo que resultará inexigible ya, en este caso, el precio previsto en el contrato privado de enero de 2005.

Esto último es lo que entiende la Audiencia Provincial que ha sucedido: que con la escritura pública se produjo una novación contractual del contrato privado en el concreto aspecto del precio a pagar. Y en este punto el Tribunal Supremo recuerda cómo es competencia de los tribunales de instancia (apelación en este caso) la apreciación de las circunstancias fácticas base de la novación contractual y la interpretación de los contratos, no apreciando en este caso nuestro Alto

Tribunal que exista una valoración errónea, ilógica o arbitraria por el tribunal *a quo*: de la prueba practicada, de las circunstancias y hechos concurrentes, y concretamente «(i) el hecho de que el demandante emitió una factura por el importe del precio que se declara recibido en la escritura de compraventa, en concepto de precio de la venta; (ii) la circunstancia de que el préstamo que se formalizó con la misma fecha del otorgamiento de la escritura de compraventa se concretó en un capital coincidente con el mismo precio sin que conste financiación de la parte del precio aplazado; y (iii) el amplio tiempo transcurrido desde que tuvo lugar el supuesto vencimiento del plazo de cinco años y la interposición de la demanda», permiten apreciar una voluntad novatoria del elemento del precio de compraventa.

#### 4. LA STS NÚM. 190/2021, DE 31 DE MARZO

El supuesto sometido a la valoración del Tribunal Supremo en esta sentencia deriva de un contrato de arrendamiento celebrado el 2 de junio de 1975 respecto a un «local estudio primera» sito en un concreto edificio. Años después, el 8 de noviembre de 2001, esas mismas partes suscribieron un contrato en documento privado rubricado «Anexo núm. 1 al contrato de arrendamiento [...] de fecha 2 de junio de 1975» (con referencia expresa por tanto al anterior contrato) en el que se pactó modificar con efectos del 1 de febrero de 2002 el objeto del contrato de arrendamiento, tanto en cuanto a la finca arrendada (que en lugar de ser el local antes indicado, pasaría a ser una vivienda concreta especificada en el contrato, que era la antigua portería del edificio), como en cuanto al importe de la renta a pagar, que pasaría a ser de 15.000 pesetas mensuales, incluido gastos de escalera e IBI; y, además, señalaron en la estipulación cuarta: «Con excepción de la novación de la renta y cambio de ubicación de la vivienda arrendada pactados en las cláusulas anteriores, las partes ratifican expresamente el contrato de arrendamiento cuya clase y número se especifican en el encabezamiento del presente anexo».

Como puede observarse, el contrato de arrendamiento fue inicialmente concertado el 2 de junio de 1975, bajo la vigencia del régimen de la prórroga forzosa del artículo 9 Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 (en adelante LAU de 1964), en tanto que el anexo al contrato de 8 de noviembre de 2001 se suscribió ya después de la entrada en vigor del RDL 2/1985 y de la entrada en vigor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 (en adelante LAU de 1994).

Tras una posterior subrogación en la posición del arrendador, el nuevo arrendador presentó demanda interesando que se declarase la extinción del contrato de arrendamiento al haber expirado su duración el 1 de febrero de 2018, una vez haberse comunicado en tiempo y forma al arrendatario el 27 de diciembre de 2017 la voluntad de no renovar el contrato con efectos 31 de enero de 2018, poniendo fin así a la tácita reconducción mensual *ex* artículos 1566 y 1581 del Código civil, tras el transcurso del periodo mínimo *ex* artículos 9 y 10 LAU de 1994, que estima es la norma aplicable por haberse celebrado un contrato nuevo en 2001 que impedía la aplicación de la LAU de 1964 y la prórroga forzosa en ella prevista.

En primera instancia el Juzgado desestimó la demanda por entender que con el nuevo acuerdo de 2001 no hubo una novación extintiva y que en ese anexo de 2001 no se puede entender incluida la exclusión de la norma imperativa legal aplicable al arrendamiento suscrito y vigente que es de 1975, por lo que se debe aplicar la LAU de 1964 y la prórroga legal forzosa en ella prevista.

Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial por el contrario consideró que sí que había una novación extintiva por haberse alterado sustancialmente los dos elementos más esenciales del arrendamiento (el objeto arrendado y la renta), tal y como ha venido advirtiendo para el caso de los arrendamientos el Tribunal Supremo en varias sentencias sobre arrendamientos rústicos pero cuya doctrina también resulta aplicable a los arrendamientos urbanos. Y considera también la Audiencia que «la remisión contenida en el contrato de 2001 al contrato anterior de 1975 («con la excepción de la novación de la renta y el cambio de ubicación de la vivienda arrendada (...) las partes ratifican expresamente el contrato de arrendamiento»), no implica sumisión del contrato al régimen de prórroga forzosa de la LAU de 1964, porque la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido tajante al vetar esta posibilidad en relación a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la LAU de 1994, como sucede en este caso, en el que el contrato se suscribió el 11 de noviembre de 2001, y en los casos admitidos exige acuerdo expreso que aquí no existe». En consecuencia, entiendo que sí se extinguió el contrato de arrendamiento con fecha 31 de enero de 2018.

El arrendatario recurrió en casación alegando infracción de las normas y doctrina jurisprudencial relativas a la interpretación de los contratos, a la novación contractual y a la renuncia a la prórroga forzosa prevista en la LAU de 1964.

La clave para la resolución de la controversia, como bien advierte el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 31 de marzo de 2021, radica en la determinación de si en 2001 con ese nuevo acuerdo se produjo una novación extintiva del contrato de 1975 o fue simplemente una novación modificativa de dicha relación contractual: «En el primer caso, el acuerdo novatorio habría dado lugar a la extinción del contrato original y su sustitución por una nueva relación arrendaticia regida, por razón de su fecha, por la LAU de 1994, sin sujeción al régimen legal imperativo de prórroga forzosa; y en el segundo caso, de novación modificativa, por carecer esta de aquella eficacia extintiva, el arrendamiento seguiría sujeto a la prórroga forzosa prevista en la LAU de 1964. La sentencia de primera instancia acogió la segunda interpretación, con resultado desestimatorio de la demanda, y la sentencia de apelación optó por la primera, con efecto estimatorio de la pretensión de la actora. Se trata de decidir ahora cuál de estas dos interpretaciones del contrato suscrito el 8 de noviembre de 2001 debe prevalecer».

Se trata de una cuestión interpretativa por tanto y, como ya se señaló en este trabajo *ut supra*, la regla principal es la interpretación espiritualista que ordena buscar la voluntad común de los contratantes.

Recuerda aquí de nuevo el Tribunal Supremo su doctrina en cuanto a la prevalencia de la interpretación contractual realizada por los tribunales de instancia, que también se extiende a la valoración probatoria de los hechos y requisitos determinantes de la existencia de una novación extintiva o modificativa, que resultan ser una cuestión de hecho; de modo que en casación la revisión solo podría tener lugar si se observa incumplida alguna regla legal de valoración de la prueba. Y precisamente el Tribunal Supremo, como se comentará a continuación, en este caso revisa la interpretación efectuada por la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida por entender que no se ha atendido oportunamente a la regla principal y prevalente de interpretación que es la interpretación espiritual que busca la concreción de la verdadera voluntad de las partes.

Asimismo, trae de nuevo aquí nuestro Alto Tribunal, con referencia a la STS núm. 261/2020, de 8 de junio, su doctrina sobre la distinción entre novación modificativa y extintiva y sus diferentes efectos, a la que ya se ha hecho referencia en este trabajo. El mayor formalismo al que se sujeta la apreciación de novación

extintiva por sus intensos efectos, y en atención exacta a los presupuestos exigidos por el artículo 1204 del Código civil con la doctrina que lo ha interpretado (voluntad expresa y terminante o incompatibilidad de todo punto entre obligaciones), lleva al Tribunal Supremo, en contra de lo indicado por la Audiencia Provincial en la resolución recurrida, a entender que no puede afirmarse que existe novación extintiva pues no se ha expresado de modo terminante por las partes que sea esa su voluntad ni de los términos del contrato cabe deducir tal voluntad ni puede apreciarse una absoluta incompatibilidad entre las obligaciones reflejadas en el contrato de 1975 y en su anexo de 2001.

Reconoce el Tribunal Supremo que se ha producido un cambio importante en las prestaciones esenciales del contrato, pero pese a ello considera que prima atender a la verdadera voluntad de las partes, de modo que no puede automatizarse sin más el vincular la modificación de las prestaciones esenciales del contrato (en este caso de arrendamiento) con la consecuencia de extinguir la relación contractual u obligatoria original; esa modificación objetiva no provoca automáticamente y por sí sola la extinción de la obligación o contrato original, sino que debe estar acompañada de una verdadera voluntad de las partes en tal sentido y finalidad extintiva; si tal voluntad no se aprecia, no puede calificarse el nuevo acuerdo como novación extintiva. Señala el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 31 de marzo de 2021: «Aun aceptando que el cambio del inmueble arrendado, dentro del mismo edificio, y la sustancial elevación de la renta pactada, afectan a las prestaciones esenciales del contrato (art. 1.543 CC), ello no es suficiente para, al margen de la verdadera voluntad de las partes, provocar una novación extintiva, pues la variación del objeto o de las condiciones principales del contrato constituye precisamente una de las modalidades (novación objetiva) que pueden revestir los acuerdos novatorios modificativos. Por tanto, la variación del objeto o condiciones principales, por sí sola, no provoca el efecto extintivo ni es incompatible con la subsistencia del contrato novado (art. 1203.1.º CC; y Sentencias 4 de marzo de 2006 y 261/2020, de 8 de junio)».

En este caso argumenta el Tribunal Supremo en apoyo de esa decisión de considerar que no hay novación extintiva en que: i) en el documento de 2001 no hay declaración de voluntad expresa ni presunta de cara a la sustitución de un contrato por otro; ii) el significado del término «anexo» como se rubrica expresamente el documento de 2001, con referencia expresa al contrato de 1975, por lo que aparece vinculado a él; iii) por el contrario, el carácter meramente modificativo aparece según el Tribunal Supremo inequívocamente expresado en el acuerdo de 2001 pues señalan expresamente «ambas partes acuerdan modificar ... el objeto del presente contrato» y «las partes ratifican expresamente el contrato de arrendamiento cuya clase y número se especifican en el encabezamiento del presente anexo». Por tanto, afirma el Tribunal Supremo, «se trata de un acto de confirmación, concepto antitético al de extinción». Lo que ha tenido lugar es una novación modificativa, y en sus siguientes argumentos incide en tal apreciación.

Insiste en todo caso el Tribunal Supremo en que se trata de una cuestión que debe ser objeto de interpretación para averiguar la verdadera voluntad de las partes, y a este respecto, recuerda que ante la duda sobre cuál es esa intención común, «en materia de interpretación de las novaciones, a fin de dirimir su concreta modalidad, esta Sala ha declarado que en caso de duda debe prevalecer el efecto más débil —el modificativo— (Sentencia 261/2020, de 8 de junio). En este caso este criterio se corresponde también con el de la «mayor reciprocidad de intereses», propio de los contratos onerosos (art. 1289 CC), pues resultaría contrario a ese canon hermenéutico aceptar que junto con una elevación sus-

tancial de la renta pactada y sin otra contraprestación explícita, el arrendatario asumiese también un contrato que le supondría un relevante sacrificio patrimonial al privarle del derecho de la prórroga forzosa»<sup>14</sup>.

Y precisamente sobre esta última cuestión, la renuncia que una novación extintiva implicaría por parte del arrendatario a un régimen legal de prórroga forzosa que claramente le beneficiaba, el Tribunal Supremo advierte que la renuncia, según constante jurisprudencia, debe ser clara, precisa, terminante e inequívoca, debiendo interpretarse restrictivamente (entre otras, SSTS núm. 132/2021, de 9 de marzo, núm. 697/2014, de 11 de diciembre, y núm. 130/2009, de 12 de marzo). Y esta postura se ha materializado especialmente en el caso de los arrendamientos, buscando una «especial prevención frente a la novación extintiva “especialmente cuando tal novación se relaciona con la pérdida de derechos adquiridos por el arrendatario según su contrato primitivo o novado” (Sentencia de 24 de febrero de 1995). En esta línea, hemos mantenido un criterio de interpretación restrictivo en relación con la novación de los contratos de arrendamientos urbanos». Y a este respecto, advierte el Tribunal Supremo que las sentencias que toma en consideración la Audiencia Provincial en la sentencia recurrida que se refieren a arrendamientos rústicos no son extrapolables a los arrendamientos urbanos «tanto por razón de la diferente regulación a la que están sujetos, como por la distinta intensidad con que actúa la legislación en la tutela de los derechos de los arrendatarios en una y otra modalidad de arrendamientos especiales»; pero aun con todo, advierte también que en esos casos de arrendamientos rústicos tampoco se apreció la novación extintiva únicamente con base en que los cambios objetivos afectasen a las prestaciones esenciales del contrato, sino que «de estos cambios y en atención a las concretas circunstancias de cada caso, se dedujo que la voluntad de las partes en aquellos casos fue la de extinguir el contrato previo, aunque no se hubiera declarado de forma expresa (“sin necesidad de que conste expresamente su novación, cuando, en forma sustancial, se alteran los dos elementos más esenciales del arrendamiento, como lo son el objeto y la renta, e incluso, la notoria modificación de una sola de estas circunstancias, cuando se ofrece con caracteres muy acusados, se considera puede ser reveladora de un ánimo novatorio extintivo ...”)».

#### IV. CONCLUSIONES

I. En el Código civil, en sus artículos 1281 a 1289, se recogen unos criterios de interpretación que son los tradicionalmente utilizados por los tribunales e intérpretes juristas en general, y que, según el Tribunal Supremo, no son meras reglas orientadoras para el intérprete, sino auténticas normas imperativas. Esta labor hermenéutica de los contratos es función propia de los tribunales de instancia, revisable en casación solo en dos supuestos: i) en caso de que su resultado sea manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario y, ii), cuando vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos.

II. El Tribunal Supremo ha considerado la interpretación subjetiva espiritualista como la preferente, considerando esencial concretar la voluntad o intención común de las partes. El principio rector de la labor de interpretación del contrato es la averiguación o búsqueda de la voluntad real o efectivamente querida por las partes.

III. Una novación puede tener efectos extintivos de la obligación a la que afecta o efectos meramente modificativos de la misma (arts. 1203 y 1204 CC).

De esta dualidad en los términos regulados por el Código civil se ha derivado la distinción, mayoritariamente aceptada por la doctrina y consolidada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, entre novación extintiva, considerada como la que verdadera y propiamente debe considerarse y denominarse «novación» (cfr. arts. 1156, 1204 y 1207 CC), y novación modificativa o impropia (cfr. art. 1203 CC).

En la novación extintiva o propia la obligación original afectada se extingue y se sustituye totalmente por la nueva obligación, extinguiéndose también las obligaciones y garantías accesorias (salvo en cuanto esas obligaciones accesorias aprovechen a terceros que no hubiesen prestado su consentimiento, pudiendo subsistir para tal efecto: art. 1207 CC). Sin embargo, en la novación modificativa o impropia la obligación original no desaparece, subsiste como tal aunque modificada, subsistiendo también las obligaciones y garantías accesorias a la misma.

IV. Son presupuestos de la novación extintiva: i) la creación de una nueva obligación respecto a otra preexistente; ii) la disparidad entre la primitiva y la nueva obligación (*aliquid novi*); y iii) el *animus novandi* extintivo de esa originaria obligación, que puede ser expreso (declaración terminante) o tácito (resultando incompatibles la nueva y la primera obligación).

La novación extintiva o novación propia no se presume y es de interpretación restrictiva, lo que implica que la mutación que no venga determinada por la concurrencia de *animus novandi* expreso o tácito por incompatibilidad esencial, deberá considerarse novación simplemente modificativa. El Tribunal Supremo ha advertido reiteradamente que, en caso de duda, debe prevalecer la solución que ocasione el efecto más débil, y ese es el modificativo, no el extintivo. Son los tribunales de instancia los competentes principales en la interpretación y apreciación de los presupuestos fácticos para entender concurrente una novación modificativa o extintiva.

V. En el caso concreto de los contratos de arrendamiento, aunque se produzca una alteración objetiva en las prestaciones esenciales del contrato, esa modificación objetiva no provoca automáticamente y por sí sola la extinción de la obligación o contrato original, sino que debe estar acompañada de una verdadera voluntad de las partes en tal sentido y finalidad extintiva; si tal voluntad no se aprecia, no puede calificarse como novación extintiva.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS núm. 433/1997, de 20 de mayo.
- STS núm. 1222/2000, de 28 de diciembre.
- STS núm. 311/2006, de 16 de marzo.
- STS núm. 130/2009, de 12 de marzo.
- STS núm. 556/2009, de 15 de julio.
- STS núm. 818/2009, de 19 de diciembre.
- STS núm. 686/2011, de 19 de octubre.
- STS núm. 198/2012, de 26 de marzo.
- STS núm. 294/2012, de 18 de mayo.
- STS núm. 697/2014, de 11 de diciembre.
- STS núm. 731/2014, de 26 de diciembre.
- STS núm. 27/2015, de 29 de enero.
- STS núm. 28/2015, de 11 de febrero.
- STS núm. 451/2015, de 31 de julio.
- STS núm. 714/2015, de 14 de diciembre.



- STS núm. 13/2016, de 1 de febrero.
- STS núm. 41/2016, de 11 de febrero.
- STS núm. 243/2016, de 13 de abril.
- STS núm. 274/2016, de 25 de abril.
- STS núm. 610/2016, de 7 de octubre.
- STS núm. 498/2018, de 14 de septiembre.
- STS núm. 647/2018, de 20 de noviembre.
- STS núm. 82/2019, de 7 de febrero.
- STS núm. 251/2019, de 6 de mayo.
- STS núm. 572/2019, de 4 de noviembre.
- STS núm. 7/2020, de 8 de enero.
- STS núm. 67/2020, de 3 de febrero.
- STS núm. 261/2020, de 8 de junio.
- STS núm. 500/2020, de 5 de octubre.
- STS núm. 132/2021, de 9 de marzo.
- STS núm. 190/2021, de 31 de marzo.
- STS núm. 456/2021, de 28 de junio.

## NOTAS

<sup>1</sup> Recuerda esta STS de 31 de marzo de 2021 (con cita de las SSTS núm. 498/2018, de 14 de septiembre, núm. 251/2019, de 6 de mayo, y núm. 82/2019, de 7 de febrero, que a su vez citan otras anteriores): «la interpretación del contrato y sus cláusulas, entendida como actividad que busca identificar el conjunto de obligaciones que derivan para las partes de todo contrato a partir de la voluntad común de estas expresada en el mismo es una labor o función propia de los tribunales de instancia, con la consecuencia de que ha de prevalecer la interpretación realizada por estos sin que sea posible su revisión en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por el tribunal sentenciador en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario o vulnere alguna de las normas o reglas sobre la interpretación de los contratos, por desnaturalización de sus presupuestos y vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva».

<sup>2</sup> STS núm. 198/2012, de 26 de marzo: «Constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario. E incluso en el supuesto de fundarse un motivo en la infracción de las normas que regulan la interpretación de los contratos, como es el caso, también se ha declarado que no se pueden considerar infringidas dichas normas legales cuando, lejos de combatirse una labor interpretativa abiertamente contraria a lo dispuesto en ellas o al derecho a la tutela judicial, el recurrente se limita a justificar el desacierto de la apreciación realizada por el tribunal de instancia, con exclusivo propósito de sustituir una hipotética interpretación dudosa por sus propias conclusiones al respecto».

<sup>3</sup> La STS núm. 67/2020, de 3 de febrero, señala: «La Sentencia de 30 de octubre de 2002 afirma “[...] la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que aunque haya de partirse de las expresiones escritas, la interpretación de la relación creada no puede anclarse en su sentido riguroso o gramatical y ha de indagarse la intencionalidad, es decir lo que en realidad quisieron las partes al contratar (Sentencia de 21 de abril de 1993, que cita las de 20 de abril de 1944 y 14 de enero de 1964”»; y la de 30 de noviembre de 2005 añade que “el artículo 1281 del Código civil recoge y proclama las grandes normas de la hermenéutica contractual, que doctrinalmente se pueden resumir en tres principios esenciales, como son: a) el principio de tomar en cuenta la voluntad común de las partes contratantes; b) el

principio de la autorresponsabilidad (*sic*) de dichas partes contratantes; y c) el principio de la confianza, buena fe en ellas (Sentencia del TS de 6 de febrero de 1998)<sup>7</sup>».

<sup>4</sup> A este respecto, la citada STS núm. 13/2016, de 1 de febrero, señala: «el sentido literal, como criterio hermenéutico, es el presupuesto inicial, en cuanto que constituye el punto de partida desde el que se atribuye sentido a las declaraciones realizadas, se indaga la concreta intención de los contratantes y se ajusta o delimita el propósito negocial proyectado en el contrato. Cuando los términos son claros y no dejan duda alguna sobre la intención de los contratantes, la interpretación literal no solo es el punto de partida sino también el de llegada del fenómeno interpretativo, e impide que, con el pretexto de la labor interpretativa, se pueda modificar una declaración que realmente resulta clara y precisa. A ello responde la regla de interpretación contenida en el párrafo primero del artículo 1281 del Código civil («si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas»).

<sup>5</sup> STS núm. 500/2020, de 5 de octubre: «con independencia de que es cierto que esta Sala ha reiterado en su jurisprudencia el valor de los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato como elemento de interpretación, lógicamente se refiere a los actos que ligan a las propias partes intervinientes en el contrato a interpretar, sin referencia a los actos que afectan a terceros, pues precisamente esos actos sirven para revelar la intención de las partes al contratar y solo a ellas pueden afectar».

<sup>6</sup> STS núm. 714/2015, de 14 de diciembre: «para que pueda prescindirse de la literalidad, es necesario que los términos del contrato contradigan la intención evidente y que además esta última resulte de los actos de los mismos, sin que resulten relevantes a los efectos del artículo 1282 del Código civil los coetáneos o posteriores realizados tan solo por uno de ellos».

<sup>7</sup> Artículo 1289 del Código civil: «Cuando absolutamente fuere imposible resolver las dudas por las reglas establecidas en los artículos precedentes, si aquellas recaen sobre circunstancias accidentales del contrato, y este fuere gratuito, se resolverán en favor de la menor transmisión de derechos e intereses. Si el contrato fuere oneroso, la duda se resolverá en favor de la mayor reciprocidad de intereses. Si las dudas de cuya resolución se trata en este artículo recayesen sobre el objeto principal del contrato, de suerte que no pueda venirse en conocimiento de cuál fue la intención o voluntad de los contratantes, el contrato será nulo».

<sup>8</sup> STS 1222/2000, de 28 de diciembre: «La sentencia que se recurre declara que el segundo contrato de 2 de abril de 1987 absorbió y dejó sin efecto el anterior de 1.º de abril de 1987 por novación extintiva tácita, la que no explica adecuadamente y menos justifica con arreglo a la normativa legal aplicable a la novación, ya que para que tenga lugar, al significar, en sentido estricto, un modo de extinción de las obligaciones, es preciso, conforme al artículo 1204 del Código civil, que, si se trata de expresa, concurre declaración terminante, la que no contiene el documento de 2 de abril de 1987 con respecto al de fecha anterior y si se trata de novación tácita ha de producirse incompatibilidad de las obligaciones anteriores y las nuevas que ha de ser total (Ss. de 10 de julio de 1986, 23 de enero de 1992 y 10 de febrero de 1995). Esta incompatibilidad no se da en el caso que nos ocupa, tanto atendiendo a la literalidad de los documentos privados referidos (art. 1281, párrafo primero CC), como a los actos coetáneos y posteriores (art. 1282 CC). El Tribunal de Instancia se equivoca y se equivoca mucho al haber declarado concurrencia de novación extintiva tácita, pues la novación no se presume y debe de constar de modo inequívoco la voluntad de novar (Sentencias de 21 de noviembre de 1991, 2 de febrero de 1993, 22 de marzo de 1994)».

<sup>9</sup> STS núm. 451/2015, de 31 de julio: «En nuestra teoría general del Derecho de obligaciones, fuera de una expresa declaración de voluntad de las partes al respecto, la novación extintiva determina la sustitución de la obligación inicialmente pactada por una nueva que comporta, a su vez, una total sustitución de la reglamentación de intereses establecida inicialmente por las partes».

<sup>10</sup> STS núm. 261/2020, de 8 de junio: «Las partes pueden modificar la relación obligatoria en virtud del principio de autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). La alteración de la originaria relación obligatoria puede implicar la creación de una nueva en sustitución de la anterior (novación extintiva, que contempla el art. 1204 CC) o bien la subsistencia

de la original aunque con la modificación pretendida (novación modificativa que previene el art. 1203 CC)».

<sup>11</sup> No obstante, cabría matizar en cierto modo esta cuestión en el marco de la novación con cambio de deudor; a tenor de lo expuesto en el artículo 1205 del Código civil: «La novación, que consiste en sustituirse un nuevo deudor en lugar del primitivo, puede hacerse sin el conocimiento de este, pero no sin el consentimiento del acreedor».

<sup>12</sup> Como ya tiene declarado el Tribunal Supremo en, entre otras, la sentencia núm. 451/2015, de 31 de julio, «en nuestra teoría general del Derecho de obligaciones, fuera de una expresa declaración de voluntad de las partes al respecto, la novación extintiva comporta la sustitución de la obligación inicialmente pactada cuando la nueva obligación alcanzada presenta una clara incompatibilidad objetiva o contradicción con la reglamentación de intereses prevista en la primitiva relación obligacional».

<sup>13</sup> STS núm. 456/2021, de 28 de junio, con cita de la STS núm. 7/2020, de 8 de enero: «Como recuerda la Sentencia 572/2019, de 4 de noviembre, “esta Sala no es una tercera instancia y por esta razón solo de forma excepcional se admite la revisión de la valoración probatoria del tribunal sentenciador por la existencia de un error patente o arbitrariedad en la valoración de alguna prueba, o bien por la concreta infracción de una norma tasada de valoración de prueba, siempre que, por resultar manifiestamente arbitraria o ilógica, la valoración de esa determinada prueba no supere, conforme a la doctrina constitucional, el test de la racionalidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución (entre las más recientes, sentencias 88/2019, de 13 de febrero, y 132/2019, de 5 de marzo)”. Y añade esa STS de 28 de junio de 2021 más citas jurisprudenciales: “De igual forma, las Sentencias posteriores 31/2020, de 21 de enero; 144/2020, de 2 de marzo; 298/2020, de 15 de junio; 674/2020, de 14 de diciembre o 681/2020, de 15 de diciembre y 141/2021, de 15 de marzo, entre otras muchas. Por su parte, las Sentencias 418/2012, de 28 de junio; 262/2013, de 30 de abril; 44/2015, de 17 de febrero y 208/2019, de 5 de abril, proclaman que no todos los errores en la valoración probatoria tienen relevancia constitucional, dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, —material o de hecho—, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales”».

<sup>14</sup> Con cita de la STS núm. 130/2009, de 12 de marzo: «la voluntad del cambio ha de expresarse de una manera cierta e inequívoca, sin provocar dudas, incertidumbres o ambigüedades, es decir, la voluntad novatoria ha de exponerse con claridad, y no vale inferirla de suposiciones o conjeturas (entre otras, SSTS de 31 de mayo de 1997, 14 de diciembre de 1998, 2 de noviembre de 1999, 19 de diciembre de 2001, 8 de julio de 2002 y 22 de diciembre de 2003); además, la novación extintiva no se presume y el beneficio de la duda favorece a la parte que contradice la novación (SSTS de 28 de diciembre de 2000, 23 de marzo de 2001, 27 de septiembre de 2002 y 4 de marzo de 2005)».

## 1.6. Responsabilidad civil

# Responsabilidad civil de centros penitenciarios y psiquiátricos o de salud mental por daños causados por sus internos\*

## *Civil liability of penitentiary and psychiatric or mental health centers for damages caused by their internals*

por

CARMEN PÉREZ CONESA  
*Profesora titular de Derecho civil*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

**RESUMEN:** El presente trabajo tiene por objeto el estudio de la responsabilidad civil de centros penitenciarios y psiquiátricos o de salud mental cuando un recluso o un paciente causa un daño del que la víctima que lo padece debe ser resarcida. La circunstancia de que el autor del daño sea un interno de un centro penitenciario o psiquiátrico tiene especial relevancia para determinar la responsabilidad civil del titular del centro en cuestión, ya que ocupa una posición de garante, considerándose la omisión o insuficiente adopción de medidas de seguridad criterio de imputación de tal responsabilidad. Así lo estima la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2021, en la que también se alude a la teoría de creación del riesgo. Analizaremos en las páginas que siguen los argumentos jurídicos que justifican la responsabilidad de centros penitenciarios y psiquiátricos en los casos en que los internos en los mismos causen un daño. Al tratar la responsabilidad civil de centros penitenciario, nos centraremos en el supuesto en el que el daño es causado por un interno a otro interno con ocasión de la comisión de un delito. Al tratar la responsabilidad civil del titular de un centro psiquiátrico o de salud mental nos ceñiremos al supuesto en el que el daño lo causa un paciente a terceros, también como consecuencia de la comisión de un delito.

**ABSTRACT:** *The purpose of this work is to study the civil liability of penitentiary and psychiatric or mental health centers when a convict or a patient causes damage for which the victim who suffers it must be compensated. The fact that the author of the damage is an internal of a penitentiary or psychiatric center has*

---

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación RTI2018-097418-B-I00 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades (MCIU) y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado «Nuevas Perspectivas de la Responsabilidad Civil. Revisión de la Imputación Objetiva como criterio delimitador de la Causalidad», del que es investigadora principal la profesora Dña. M.<sup>a</sup> Pilar ÁLVAREZ OLALLA.

*special relevance to determine the civil liability of the center in question, since the center occupies a position of guarantor, considering the omission or insufficient adoption of security measures imputation criteria. This is how the recent judgment of the Supreme Court of March 12, 2021 estimates it, in which also refers to the theory of risk creation, We will analyze in the following pages the legal arguments in which to justify the civil liability of penitentiary and psychiatric centers in cases their internals cause a damage. When we study the civil liability of penitentiary centers, we will focus on the event in which the damage is caused by an internal to another internal on the occasion of the commission of a crime. When dealing with the civil liability of the owner of a psychiatric or mental health center, we will focus on the event in which the damage is caused by a patient to third parties, also as a consequence of the commission of a crime.*

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria. Negligencia. Riesgo. Daño. Centro penitenciario. Responsabilidad civil del centro psiquiátrico o de salud mental.

**KEY WORDS:** *Subsidiary civil liability of the Penitentiary Administration. Negligence. Risk. Damage. Penitentiary center. Civil liability of the psychiatric or mental health center.*

**SUMARIO:** I. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO PENITENCIARIO POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO A OTRO INTERNO. 1. CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO A OTRO INTERNO EN UN CENTRO PENITENCIARIO. A) *Requisitos para su aplicación.* B) *Responsabilidad civil por omisión o ejecución negligente de medidas de seguridad por el servicio penitenciario. Riesgo no permitido.* C) *Aplicación concreta a casos enjuiciados por la jurisprudencia: especial referencia a la STS de 12 de marzo de 2021.*—II. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO PSIQUIÁTRICO O DE SALUD MENTAL POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO: 1. CONSIDERACIÓN PREVIA. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TITULAR DEL CENTRO PSIQUIÁTRICO O DE SALUD MENTAL POR DAÑOS CAUSADOS POR UN PACIENTE A TERCEROS.—III. CONCLUSIONES.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO PENITENCIARIO POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO A OTRO INTERNO

### 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

En este apartado nos centraremos en determinar la responsabilidad del centro penitenciario en los supuestos en que un interno cause un daño a otro interno. No obstante, conviene aclarar previamente que dicha responsabilidad no excluye ni limita la propia del autor del daño. En estos casos, normalmente se produce un daño con ocasión de la comisión de un delito o falta que se ocasiona en las instalaciones del mismo centro penitenciario. A pesar de que, como veremos, el titular del centro penitenciario debe responder frente a la víctima del daño, el interno que comete en estas circunstancias un delito o falta es responsable

penalmente, pero también lo es civilmente. Dicha responsabilidad civil del interno por hecho propio le obliga al resarcimiento del daño sufrido por la víctima derivado de su actuación que, como apuntamos, habitualmente es delictiva en este contexto. Así lo dispone el artículo 1089 del Código civil al establecer las fuentes de las obligaciones, entre las que se encuentra la obligación de resarcir el daño causado como consecuencia de actos y omisiones ilícitos.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DE LA ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO A OTRO INTERNO EN UN CENTRO PENITENCIARIO

### A) *Requisitos para su aplicación*

Como premisa al análisis de los requisitos que deben concurrir para considerar que la Administración penitenciaria es responsable civil subsidiario cuando un interno en un centro penitenciario causa un daño a otro interno, partimos de la legislación que impone a la misma determinadas obligaciones que inciden en que se declare dicha responsabilidad. Nos referimos a la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria. En su artículo 3.4 se establece: «La Administración penitenciaria velará por la vida, integridad y salud de los internos». En consonancia con este precepto, el artículo 4.2 a) del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario, dispone, entre los derechos de los internos, que la Administración penitenciaria vele por sus vidas, su integridad y su salud.

Con base en lo anterior; se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2004: «Es bien conocido que los internos en establecimientos penitenciarios están con este en una relación de especial sujeción (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de julio de 1990) que impone a la Administración penitenciaria el deber de velar por su vida y su seguridad. Y no puede decirse, como hace el Abogado del Estado, que los derivados de los preceptos de la legislación específica que cita el Tribunal Superior de Justicia sean absolutamente genéricos, que es como decir programáticos. Sobre todo, cuando el sometido a custodia es persona con acreditada predisposición a realizar actos violentos». A la relación de especial sujeción de los internos con los establecimientos penitenciarios que impone los deberes mencionados a la Administración penitenciaria hace también referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2013.

Así, pues, el Estado ocupa una posición de garante de la vida e integridad de los internos por imperativo de la Ley General Penitenciaria, como sostiene la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo del 2007, en la que se destaca que su responsabilidad civil subsidiaria surge de la ley, incidiendo en que dicha posición de garante significa que las medidas de seguridad deben ser adecuadas a los peligros que genere cada fase de la ejecución de la pena.

Por otro lado, conforme al artículo 120.3.º del Código penal, son también responsables civilmente: «Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción». Teniendo en cuenta que la Administración penitenciaria desempeña una posición de garante con respecto a la

vida, integridad y salud de los internos y la responsabilidad civil dispuesta en el precepto citado, examinaremos a continuación los requisitos para su aplicación.

El origen de la responsabilidad civil subsidiaria se sitúa en la comisión de un delito o falta por parte de un tercero, en nuestro caso, un interno del centro penitenciario. Producido el hecho delictivo, se requiere que haya tenido lugar en un establecimiento del que sea titular la persona o entidad con respecto a la cual se declarará la responsabilidad civil que, en el caso que nos ocupa, es la Administración penitenciaria.

Para ello, además, es preciso que se hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por parte de quienes dirigen o administran o de sus dependientes o empleados. Se ha considerado por parte de la doctrina jurisprudencial que la expresión «infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad» debe interpretarse con criterios de amplitud, abarcando cualquier vulneración de un deber impuesto por la ley o norma positiva de rango inferior (SSTS de 5 de junio de 2001, 13 de diciembre de 2005, 2 de diciembre de 2013).

Asimismo, se exige que dicha infracción esté relacionada con el delito cometido, de tal manera que el hecho punible no se habría producido si no hubiera mediado la mencionada infracción. Debe existir, por tanto, un nexo causal entre la actuación infractora del titular del centro o de sus dependientes y el resultado dañoso por el que aquel es civilmente responsable. De ahí que se afirme en la STS de 13 de julio de 2002 que se sanciona con el gravamen de la responsabilidad civil subsidiaria la contribución a la causación del delito o falta. En definitiva, se viene a estimar que el hecho punible del que deriva el daño se podía haber evitado si el servicio penitenciario hubiera cumplido los deberes de seguridad exigibles sobre el interno. Analizaremos este extremo con más detenimiento a continuación, al tratar la negligencia y la teoría de la creación del riesgo.

*B) Responsabilidad civil por omisión o ejecución negligente de medidas de seguridad por el servicio penitenciario. Riesgo no permitido*

Antes de abordar las cuestiones relacionadas con este apartado, nos parece oportuno adelantar dos premisas que desarrollaremos a continuación. Por un lado, la Administración penitenciaria responde por no haber adoptado medidas adecuadas para evitar el daño, aunque el daño por el que se declara su responsabilidad civil subsidiaria se deba a que un tercero (un interno) haya cometido un delito que causa dicho daño a otro interno. Por otro lado, la responsabilidad civil de la Administración penitenciaria se basa en un criterio de imputación subjetiva, descartándose la responsabilidad objetiva por no ser aplicables al caso los requisitos que deben darse en este tipo de responsabilidad. Analizaremos, por tanto, los elementos cuya concurrencia es necesaria para concluir que la Administración penitenciaria es responsable civil subsidiario.

Comenzando con la primera premisa, la responsabilidad civil de la Administración penitenciaria por la comisión de un delito por parte de un interno que causa un daño a otro interno se ha encuadrado entre los casos en los que una acción negligente inicial propicia una acción dolosa posterior, ocupando el agente inicial una posición de garante<sup>1</sup>. En estos supuestos, se considera que el criterio de la prohibición de regreso es inaplicable, lo que conlleva la responsabilidad civil del agente inicial-garante<sup>2</sup>. La aplicación de dicho criterio supondría que el agente inicial no es responsable por no ser su actuación propicia para causar el resultado de daño, al haber sido diligente y no haber infringido norma de se-



guridad y custodia. Cumplido lo anterior, el agente inicial no habría favorecido la acción dolosa posterior y, por tanto, no se le podría imputar responsabilidad por el daño causado<sup>3</sup>.

Entendiendo, como decimos, que no es aplicable el criterio de la prohibición de regreso y que, por tanto, el agente inicial es responsable civil por el daño que causa el autor de la acción dolosa posterior, es preciso determinar los elementos que deben concurrir para imputar dicha responsabilidad al agente inicial, pues no basta con afirmar que la prohibición de regreso es inaplicable a supuestos como el que nos ocupa. Una vez determinados de manera genérica, comprobaremos que la jurisprudencia ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitencia, precisamente, por estimar que esos elementos han estado presentes en los casos enjuiciados de manera específica.

No estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2021, que más adelante examinaremos, aunque también sostiene que prima un *ponderado objetivismo*. El criterio de imputación en la responsabilidad objetiva es el desarrollo de actividades peligrosas que conllevan un riesgo inherente<sup>4</sup>. De ahí que se deduzca que, si el supuesto está regido por un sistema objetivo de responsabilidad, solo se tendrá que constatar la existencia del daño y que el mismo es la materialización del riesgo inherente a la actividad sometida, por decisión del legislador, al régimen objetivo de responsabilidad, de modo que habrá responsabilidad siempre que el daño se haya producido por un riesgo típico frente al cual protege el sistema objetivo en un concreto sector de actividad arriesgada<sup>5</sup>.

Recientemente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de marzo de 2021, tras exponer la jurisprudencia que ha configurado la doctrina del riesgo, llega a las siguientes conclusiones: «I. En primer lugar, que el riesgo, por sí solo, no es título de imputación jurídica en el ámbito de nuestro derecho, sino que corresponde al legislador la atribución del régimen jurídico de la responsabilidad objetiva a una concreta y específica actividad. No existe en el marco de nuestro ordenamiento jurídico una cláusula general de responsabilidad objetiva... Nuestro sistema exige conciliar las particularidades derivadas del riesgo, en actividades anormalmente peligrosas, con un título de imputación fundado en la falta de la diligencia debida (responsabilidad subjetiva o por culpa). II. La doctrina del riesgo se encuentra, por otra parte, circunscrita a aquellas actividades anormalmente peligrosas, no es extrapolable a las ordinarias, usuales o habituales de la vida. Los daños susceptibles de ser causados con la actividad peligrosa han de ser especialmente significativos por su frecuencia, alcance o gravedad y fundamentalmente si afectan a la salud de las personas. No se extiende la aplicación de la mentada doctrina a aquellos otros que son fácilmente prevenibles. III. Para los supuestos de daños derivados de actividades especial o anormalmente peligrosas se eleva considerablemente el umbral del deber de diligencia exigible a quien la explota, controla o debe controlar, en proporción al eventual y potencial riesgo que genere para terceros ajenos a la misma. No cabe exigir una pericia extrema o una diligencia exquisita cuando nos encontremos ante un riesgo normal creado por el autor del daño; ahora bien, la existencia de un riesgo manifiestamente superior al normal, como el del caso que nos ocupa, se traduce en un mayor esfuerzo de previsión, en una rigurosa diligencia ajustada a las circunstancias concurrentes, en definitiva, a extremar en muy elevado grado las precauciones debidas. IV. Se facilita la posición jurídica de la víctima, mediante una suerte de inversión de la carga de la prueba atribuida a quien gestiona o controla la actividad peligrosa, que responde además a una dinámica y coherente manifestación del principio

de facilidad probatoria, toda vez que es la entidad demandada la que cuenta con los conocimientos y medios necesarios para demostrar los esfuerzos llevados a efecto para prevenir el daño representable, o justificar su condición de inevitable o de residual sin culpa».

El servicio penitenciario no es un sector sometido a un régimen objetivo de responsabilidad por implicar una actividad especial o anormalmente peligrosa, sin perjuicio de reconocer que, en un ambiente como el carcelario, deban prevenirse los riesgos propios del mismo. El criterio de imputación será, entonces, el general de la culpa o negligencia, lo que implica que el causante del daño está obligado a repararlo por un comportamiento, activo u omisivo, que difiere de lo que requiere el ordenamiento, siendo tal comportamiento negligente la causa del daño.

Volviendo al esquema de acción negligente inicial que propicia una acción dolosa posterior, ocupando el agente inicial una posición de garante, y descartada la responsabilidad objetiva, deberá determinarse, entonces, si concurre culpa o negligencia en el agente inicial.

Se ha caracterizado la culpa como el incumplimiento del deber de actuar con la debida diligencia o del deber de cuidado<sup>6</sup>. Como también se ha sostenido: «culpa es negligencia y esta es infracción de una norma («deber») consistente en aplicar en el manejo de la actividad o la cosa la diligencia exigible en el tráfico. En ocasiones, la norma no formula directamente un supuesto de responsabilidad, sino de diligencia exigible (vgr. CC art. 270), en cuyo caso se entiende implícito (o explícito: LSC art. 236) que la infracción de la regla de la diligencia es la culpa necesaria para la responsabilidad» (CARRASCO PERERA, 2020, 66).

Conforme a la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2016, la apreciación de la culpa «... es una valoración jurídica resultante de una comparación entre el comportamiento causante del daño y el requerido por el ordenamiento. Constituye culpa un comportamiento que no es conforme a los cánones o estándares de pericia y diligencia exigibles según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

De acuerdo con el artículo 4:102 de los *Principles of European Tort Law*: «El estándar de conducta exigible es el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

Si el daño era previsible y evitable, hay culpa<sup>7</sup>. Se excluye la culpa si no se pudo evitar el daño, aun empleando la diligencia debida<sup>8</sup>. Por tanto, se entiende que también se exige, por un lado, la previsibilidad del daño, de forma que si lo era surge el deber de prevención; y, por otro lado, la evitabilidad del daño con un comportamiento acorde al nivel de diligencia requerido por el ordenamiento<sup>9</sup>. Dicho de otro modo, la omisión de la diligencia que debería haberse desplegado para cumplir con el deber de cuidado que es exigible a quien se imputará la responsabilidad, a pesar de no ser el autor material del mismo, genera la creación de un riesgo no permitido cuando ese riesgo se hubiera podido evitar adoptando las medidas de prevención correspondientes, teniendo en cuenta, además, el elemento de la previsibilidad que tiene que ver con la evitabilidad del resultado de daño.

Se estima que uno de los aspectos más importantes de la responsabilidad por culpa es la previsibilidad del daño, pues dicho elemento tiene un papel rele-

vante en dos aspectos de la culpabilidad: «En primer lugar, sirve para delimitar el estándar de conducta. Una vez causado un daño, se puede detectar la omisión de un deber de diligencia si *ex ante* se podía prever que la falta de adopción de determinadas cautelas podría producir daños... Nos referimos aquí a una previsibilidad conforme a lo que razonablemente, según las reglas de experiencia, entra dentro de lo posible, con un cierto grado de probabilidad. En definitiva, utilizando terminología más propia de la teoría de la imputación objetiva, porque se ha creado un riesgo no permitido» (ÁLVAREZ OLALLA, 2021, 272).

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1988 se afirma que el requisito de la previsibilidad es esencial para generar culpa extracontractual, por lo que, en los supuestos en que exista una imprevisibilidad del daño, habrá que entender que la obligación de responder cesa, por aplicación del artículo 1105 del Código civil, estando entonces ante un caso fortuito como suceso imposible de prever o que previsto, sea inevitable.

Además de la culpa del agente inicial, es necesario que entre la conducta negligente y el daño exista una relación de causalidad. Se trata de determinar si el comportamiento negligente del agente inicial es causa del daño. Si es así, el daño es imputable a aquel porque su negligencia ha facilitado que el daño se produzca, de acuerdo con el sistema subjetivo por culpa o negligencia. Se alude a la causalidad natural que debe concurrir para acreditar la existencia de nexo causal entre la conducta, por acción u omisión, de un sujeto y el resultado de daño. De acuerdo con esa causalidad natural, una acción u omisión es causa del resultado dañoso si este no se hubiera producido de haber faltado tal acción u omisión. Comprobada la causalidad natural y determinada su relevancia jurídica, el resultado de daño debe ser imputado a la acción u omisión del agente<sup>10</sup>. Al ser múltiples los factores que influyen en un resultado y no todos ellos relevantes jurídicamente, se afirma que deben emplearse determinados criterios que sirvan para delimitar los excesos a que lleva la aplicación de la regla de la causalidad natural, conforme a la teoría de la *conditio sine qua non*, imperando en la actualidad el recurso a los criterios de imputación objetiva<sup>11</sup>. En el caso de la causalidad en las omisiones que generan el daño, se advierte que en primer término se constata si existía un deber jurídico de actuar evitando el daño a cargo del demandado y, a partir de ahí, se valora si este podía haberlo evitado con una actuación diligente<sup>12</sup>.

Queremos introducir un matiz importante: que el agente inicial ocupa una posición de garante. En consideración a dicha posición nacen unos deberes exigibles. Nos parece que, en estos casos, lo que permite declarar la responsabilidad civil del agente inicial es más bien la causalidad entre el daño y la omisión de esos deberes que crea un riesgo no permitido. Por ello, se sostiene que la omisión a la que se imputa el daño es la inobservancia de los deberes que nacen de una posición de garante o que la responsabilidad surge por no estar el agente a la altura de la posición de garante que recae sobre el que crea un riesgo que no sabe controlar. Se imputa causalmente el daño indirecto causado al que ocupa la posición de garante si tal daño es manifestación típica del riesgo que intenta prevenir la norma<sup>13</sup>. Añadimos que el hecho de que el agente inicial no haya observado los deberes propios de quien ocupa una posición de garante se conecta con el daño desde la perspectiva de la causalidad natural si, de haberlo hecho, no se hubiera dado ocasión a que el daño se hubiera materializado, lo que tiene que ver con el riesgo que se trata de evitar.

Contextualizando lo expuesto al supuesto objeto de estudio en este apartado, el agente inicial es el servicio penitenciario, dependiente de la Administración

penitenciaria, y el autor de la acción dolosa posterior es el interno en un centro penitenciario.

Como ya mencionamos, la Administración penitenciaria tiene la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos conforme al artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, ocupando así una posición de garante. Como también hemos apuntado, la responsabilidad civil del titular del centro en el que se comete un delito precisa que se hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad por parte de quienes dirigen o administran o de sus dependientes o empleados, debiendo existir un nexo causal entre la infracción y el resultado dañoso por el que aquel es civilmente responsable. Dicho de otra forma, el hecho punible no se habría producido si no se hubieran infringido normas de seguridad o custodia que tratan de evitar el resultado producido con ocasión de un delito cometido por un interno, siendo previsible en un ámbito como es un centro penitenciario. A ello se refiere el artículo 120.3.º del Código penal al disponer que la infracción lo sea de los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción.

La infracción de los reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad a los que alude la norma, expresión interpretada por la jurisprudencia como comprensible de cualquier vulneración de un deber impuesto por la ley o norma positiva de rango inferior, se podría sintetizar como el incumplimiento de los deberes que incumben a la Administración penitenciaria, *garante* de la vida, integridad y salud de los internos.

Básicamente, ello se traduce en la falta de adopción o insuficiencia de medidas de vigilancia y control; en definitiva, medidas de seguridad preventivas. Esa omisión es generadora de un riesgo no permitido porque se podría haber evitado. Esas medidas tratan de evitar dicho riesgo, previsible en un centro penitenciario. Un interno resulta ser víctima de un daño que le causa otro interno como consecuencia de la comisión de un delito. El interno que comete el delito tendrá que responder civilmente por el daño causado consecuencia del delito como autor material del mismo, pero la Administración penitencia también tendrá que responder subsidiariamente del resarcimiento del daño si le es imputable causalmente. Lo será cuando la infracción u omisión de las debidas medidas de seguridad estén relacionadas con el hecho punible cometido causante del daño, es decir, cuando un interno no hubiese resultado ser víctima de un daño consecuencia de un delito cometido por otro interno si el servicio penitenciario hubiese sido diligente en el desarrollo de su función, adoptando las precauciones que le son exigibles.

Queremos insistir, como comenzamos este apartado, que estamos ante un supuesto en el que una acción negligente inicial propicia una acción dolosa posterior, ocupando el agente inicial una posición de garante. La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria le obliga al resarcimiento de un daño que ha facilitado por la ausencia de la debida diligencia en el desarrollo de la actividad del servicio penitenciario, por la desatención e inobservancia de sus deberes sobre los internos. Ciertamente, responde por el daño que causa un tercero, un interno, pero es responsable por un hecho propio: la omisión o ejecución negligente de las medidas que debe cumplir el servicio penitenciario para que el daño de un interno a otro interno no tenga lugar. La Administración penitenciaria es responsable porque es garante de la vida, integridad y salud de los internos en un centro penitenciario.

C) *Aplicación concreta a casos enjuiciados por la jurisprudencia: especial referencia a la STS de 12 de marzo de 2021*

Nos detendremos en casos jurisprudenciales concretos en los que se ha declarado la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria por el daño causado por un interno, al entender que concurren los elementos que hemos examinado. En todos ellos se parte de la posición de garante de la Administración penitenciaria y de la comisión de un delito en un centro penitenciario bajo su control. Como comprobaremos, se enfatiza sobre el *especial* deber de cumplimiento de las medidas que permitan garantizar la seguridad de los internos, teniendo en cuenta que en los casos que veremos la víctima del daño es un recluso por el delito cometido por otro recluso. Dentro de esas medidas, se incide en las de vigilancia y control. La omisión o ejecución insuficiente de las mismas sin la debida diligencia por parte del servicio penitenciario genera un riesgo del que resulta el daño que, de acuerdo con las circunstancias en las que se produce, podía haberse previsto y, en consecuencia, evitarse si el servicio penitenciario no hubiera infringido los reglamentos de policía que tratan de evitar, precisamente, la materialización del daño. Por ello, exponremos, en primer lugar, los antecedentes de hecho para comprender las resoluciones del Tribunal Supremo que estiman la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria.

En el departamento de un centro penitenciario destinado a reincidentes peligrosos, un interno mata a otro utilizando un arma blanca que no se localizó en los sucesivos cacheos efectuados por los funcionarios. Es el caso que motivó la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 2000, en la que se declara: «La imputación del hecho a una irregularidad, básicamente omisiva, de la Administración no puede ser discutida, toda vez que el mantenimiento del orden en un establecimiento penitenciario es una función específica del Estado y no se puede considerar que tal función haya sido cumplida si en una cárcel hay reclusos que disponen de armas... Es evidente que en el presente caso hubo infracciones reglamentarias, pues de lo contrario el acusado no hubiera podido tener en su poder el arma con la que produjo la muerte. Esta infracción reglamentaria, por otra parte, es consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos encomendados a los funcionarios de prisiones que, en el presente caso, han omitido controlar eficazmente, por su posición de garante frente a la vida, integridad y salud de los internos (art. 3.4 LOPJ), que éstos tengan armas en su poder».

Dos internos rociaron de gasolina, que portaban en una botella de plástico, la puerta de la celda en la que dormían otros dos internos, causándoles graves lesiones como consecuencia del fuego que prendió en el interior de la celda. Es el supuesto que resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2001, en la que se afirma que es indudable que los funcionarios incurrieron en una infracción reglamentaria por omisión culposa que influyó causalmente en el resultado, pues los controles de vigilancia y seguridad no fueron suficientes para impedir que los procesados se hicieran con dos litros de gasolina y accedieran a la celda de las víctimas.

Un interno agrede a otro en un módulo penitenciario, causándole la muerte, con la colaboración de otro recluso que permaneció en la puerta para impedir que la víctima pudiera salir y vigilar para que no pudiera recibir ayuda de ningún funcionario. Ante estos hechos, la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 considera aplicable el artículo 120.3 del Código penal y declara

la responsabilidad civil del Estado, pues para la ejecución del delito en el centro penitenciario «... tuvo singular relevancia la ausencia o déficit de vigilancia... siendo esta infracción reglamentaria de los encargados de establecer o llevar a cabo las medidas de control y vigilancia necesarias para garantizar la seguridad de los internos el elemento causal que contempla y exige el tan citado artículo 120.3 CP».

El hecho probado del que parte la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2005 es la agresión de un interno a otro con un cúter, causándole un corte en la cara que le produjo lesiones por las que tardó 7 días en curar, produciéndole secuelas. Las lesiones tuvieron lugar en el taller de perchas y pinzas de un centro penitenciario y el cúter era de los empleados en el taller. Destaca la sentencia citada que en el taller «...había unos 50 internos controlados por los dos funcionarios que depusieron en el juicio oral, y que en el momento de producirse el incidente no se hallaban en el taller, sino uno de ellos en una oficina situada a 30 metros del lugar de los hechos, mientras que el otro se encontraba en un patio interior. Ciertamente de los anteriores antecedentes fácticos se desprende que nos encontramos ante una situación límite de aplicación de la responsabilidad civil subsidiaria vía artículo 120.3 Código penal, pero concurren algunas circunstancias que avalan su mantenimiento. Así, de una parte, la agresión no fue tan súbita y repentina como se argumenta en el recurso, pues hubo, al menos una discusión previa al negarse quien resultó agredido a pesar la pinza de otro recluso tal como le había requerido el hoy recurrente. Y de otra, la ausencia en el lugar de los hechos de los dos funcionarios encargados de la vigilancia de los internos, debe entenderse que propició la agresión, pues la sola presencia de los mismos hubiera podido tener un efecto disuasorio y preventivo para los internos que eran calificados por los órganos administrativos y junta de tratamiento del Centro Penitenciario como idóneos para el desempeño del trabajo en el taller de la prisión, y tenían acceso, precisamente por dicho trabajo, a útiles o instrumentos potencialmente peligrosos y susceptibles de causar graves lesiones. Consecuentemente puede concluirse no solo con que la vigilancia no fue efectiva, sino que por omisión o negligencia *in vigilando* —e incluso *in eligiendo*— se permitió que el interno acusado perpetrara la agresión».

Los hechos probados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de fecha 18 de abril de 2006 son los siguientes: un recluso estaba destinado en un módulo donde se ubicaban los internos con problemas de drogadicción y en el que se fomentaba su responsabilidad encomendándoles algunos cometidos. Por ello, tenían acceso al gimnasio del módulo donde realizar ejercicios físicos. Uno de los internos llama la atención de otro, sintiéndose este ofendido y vejado. Pocas horas más tarde, este interno fue al gimnasio, cogió una mancuerna y se dirigió a la sala de televisión donde se encontraba el interno que le llamó la atención. Acercándose por detrás, le golpeó con la mancuerna en la cabeza, causándole heridas que tardó en curar 60 días, quedándole secuelas. La Audiencia Provincial de Zaragoza declaró la responsabilidad civil subsidiaria de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias. El abogado del Estado interpuso recurso de casación que fue desestimado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2007. En el Único Fundamento de Derecho se concluye que «...el requisito de infracción de los reglamentos de policía, es decir, preventivos, que requiere el artículo 120.3 CP se cumple en el presente caso. En efecto, los reglamentos no reducen el alcance de la posición de garante de la Administración penitenciaria y, es evidente, que en un ámbito como el carcelario, donde las tensiones personales entre los internos pueden ser de cierta intensidad, se requiere un especial cuidado para que instrumentos que pueden ser utilizados



como armas no queden al alcance de aquellos sin ningún control. Por todo ello resulta evidente que si se hubieran previsto adecuadas medidas de control sobre los instrumentos de la especie del que fue utilizado en el presente hecho, el delito no hubiera podido ser cometido».

El fallecimiento de un interno por heridas causadas por otros internos utilizando armas blancas en el curso de una discusión, riña y agresión que tuvo lugar en la zona de los lavabos de un centro penitenciario fue el caso que motivó la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2010. En la misma, se sostiene que el perjuicio económico y el daño moral que originó a la menor, hija única del interno, el fallecimiento de su padre «... tienen como causa no menos eficiente que el hecho delictivo imputable al tercero o terceros desconocidos que lo cometieran, un defectuoso funcionamiento del servicio público penitenciario, sobre el que pesa el deber de velar por la integridad de detenidos, presos y penados, pues en aquella ocasión no fue capaz de controlar de modo eficaz una situación de discusión, riña y agresión entre internos, o de unos con otro, ni, sobre todo, de impedir que en el Centro Penitenciario, a disposición o en posesión de alguno o algunos de ellos, existieran armas blancas, encontrándose hasta cuatro, según leemos en algunos pasajes de los autos, en los registros efectuados inmediatamente después de aquel hecho».

En el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2013, un interno comunicó al jefe de servicio del centro penitenciario su deseo de cambiar de celda por las malas relaciones que mantenía con los cuatro internos con los que compartía una dependencia diseñada estructuralmente para ser ocupada por dos personas. El jefe de servicio autorizó el cambio y comunicó al interno, que se encontraba sumamente nervioso y agitado, que recogiera sus enseres de la celda. El interno se dirigió, sin ser acompañado por ningún funcionario, a la celda que ocupaba en ese momento. Una vez allí, se enzarzó en una discusión con otro de los internos con el que compartía celda, discusión que terminó en una agresión recíproca. En la sentencia citada, el Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado al entender que la aplicación del artículo 120.3 del Código Penal que hace el tribunal de instancia es acorde con la jurisprudencia de la Sala y añade: «Ciertamente, existía una situación de riesgo evidente de confrontación del Sr. Mauricio con los otros internos de la celda que venía ocupando, ya que constaba la mala relación que mantenían en cuanto ello fue lo que motivó que solicitara cambio de celda, y dado el estado de nerviosismo y agitación notable que presentaba, cuando se le requirió por un funcionario para que procediera a la recogida de enseres que tenía en la celda para su traslado, debieron adoptarse medidas de seguridad adecuadas para impedir que se concretara ese riesgo y de haberse adoptado se hubieran evitado las agresiones que se produjeron».

Nos parece de interés detenernos en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2021. A diferencia de las sentencias citadas, en las que la resolución recurrida sí admitió la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria, en esta ocasión el Tribunal Supremo resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Palencia, Sección Primera, con fecha 5 de diciembre de 2018, en cuyo pronunciamiento absuelve al Estado de dicha responsabilidad solicitada por la acusación particular. La Audiencia Provincial declara expresamente probados los siguientes hechos: cuando se procedía al cierre de la población reclusa en el módulo 3 del Centro Penitenciario de La Moraleja en Dueñas (Palencia), un interno inició una discusión con otro, en el curso de la cual le propinó un fuerte



puñetazo en la cara. Como consecuencia de la agresión, cayó al suelo perdiendo el conocimiento. En ese momento los internos estaban subiendo, bajo la vigilancia y control de los funcionarios, para ocupar sus celdas y, en concreto, los dos internos habían iniciado su discusión *mientras esperaban para entrar en sus celdas*. A partir de estos hechos, concluye que no hubo deficiencia alguna de vigilancia imputable a los funcionarios y que, por tanto, no se atribuye al Estado la condición de responsable civil subsidiario.

El Tribunal Supremo no comparte esta conclusión. A su juicio, es necesario contextualizar el ámbito espacial e institucional en el que se produce la agresión y los especiales deberes de protección y vigilancia que incumben a la Administración penitenciaria. Para ello, recuerda el deber de aquella de velar por la vida, integridad y salud de los internos, conforme a la Ley 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria y el Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, que dedica la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo VIII (arts. 63 a 71) a regular las normas sobre seguridad interior, entre las que se incluyen recuentos, registros, cacheos, requisas, controles en cambios de celda... que tienden a garantizar la seguridad de los reclusos.

Con relación al caso concreto, en el contexto de atribución a la Administración penitenciaria de un deber de vigilancia especialmente intenso, considera que dos datos fácticos no han sido ponderados convenientemente: «De un lado, la acción se desarrolló mientras los internos subían de dependencias comunes a sus celdas, lo que supone un movimiento masivo de internos que precisa de una organización especialmente cuidadosa y de unos criterios de vigilancia reforzados... De otro lado, hubo una discusión previa cuya intensidad y relevancia no se detalla y que, junto con el dato anterior, permite afirmar que los sistemas de prevención y seguridad que seguía el centro penitenciario no eran suficientes para garantizar la seguridad y para evitar que se produjera la brutal agresión. Se desconoce el número de funcionarios que llevaban a cabo la función de control del ingreso de los internos en las celdas, su concreta situación o la adopción o no de medidas singulares caso de exceso de población penitenciaria, circunstancias todas ellas de singular relevancia para excluir la ausencia de toda negligencia o dejación de funciones en los funcionarios responsables». Se matiza en la referida sentencia del Tribunal Supremo que la responsabilidad de la que se trata se sitúa en el ámbito civil, aunque se reclame en el proceso penal, y recuerda que este tipo de responsabilidad ha evolucionado notablemente hasta llegar a una cuasi-objetivación.

Especialmente relevantes nos parecen las afirmaciones que se contienen en el fundamento de derecho 5.8: «Por aplicación de la teoría de creación del riesgo, si bien no puede hablarse de una responsabilidad objetiva, *sí puede decirse que prima un ponderado objetivismo* (STS 778/2015, de 18 de noviembre). *Y ese principio tiene también incidencia en el ámbito de la valoración de la prueba*. Si en el ámbito penal las dudas sobre la prueba del hecho inclinan la balanza hacia el acusado a través de la aplicación del principio «in dubio pro reo», en el ámbito civil esa regla no tiene sentido y las dudas que pudieran recaer sobre la omisión de diligencia del garante de la seguridad o sobre la evitabilidad del resultado han de interpretarse en favor del perjudicado, ya que lo que pretenden las normas sobre responsabilidad civil es el resarcimiento de los daños causados por el delito... No podemos afirmar que en este campo se produzca una inversión de la carga de la prueba, de forma que sea la Administración quien tenga la carga de acreditar su actuación diligente, pero lo que *sí es factible es atribuir a la entidad responsable de la seguridad de los internos, en este caso la Administración penitenciaria, la obligación de realizar un especial esfuerzo de justificación despejando toda sospecha de negligencia o dejación*

de funciones. Y ello es así porque la Administración penitenciaria cumple una función social de primer orden y dentro de sus obligaciones destaca como una de las más importantes, la de garantizar la vida, la salud y la integridad física de los internos. En esta dirección venimos declarando (STS 778/2015, de 18 de noviembre) que «... las dudas que pudieran surgir en los juicios fácticos hipotéticos que acaban de describirse siempre habría que interpretarlas a favor del reo en el ámbito de la responsabilidad penal, pero no en el marco de la responsabilidad civil, tal como ya se expuso supra. En efecto, *las dudas que pudieran permanecer en ese ámbito sobre la omisión de diligencia del garante de la seguridad y sobre la evitabilidad del resultado han de interpretarse a favor del perjudicado o del sujeto pasivo del delito, ya que se trata de resarcir a la víctima por una negligencia de índole civil y no penal, responsabilidad resarcitoria que no debe ser limitada por presunciones y reglas de juicio propias para dirimir la responsabilidad penal (presunción de inocencia e in dubio pro reo)...*» (la cursiva es nuestra). Por todo lo anterior, el Tribunal Supremo aprecia la infracción de normas de cuidado que propiciaron la agresión y declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado.

Con relación a la afirmación de que no puede hablarse de una responsabilidad objetiva, ya indicamos que el servicio penitenciario no es un sector sometido a un régimen objetivo de responsabilidad por implicar una actividad especial o anormalmente peligrosa. Por tanto, se aplica el régimen general de imputación subjetiva en el que uno de los elementos que debe concurrir para declarar la responsabilidad civil es la culpa o negligencia. Respecto a la inversión de la carga de la prueba que menciona la sentencia, se advierte que es un expediente técnico utilizado por la doctrina jurisprudencial para objetivar el régimen del artículo 1902 del Código civil<sup>14</sup>.

No tratándose de una responsabilidad objetiva ni ser aplicable el expediente de la inversión de la carga de la prueba, nos parece destacable que el Tribunal Supremo sostenga en la sentencia que comentamos que sí puede decirse que prima un ponderado objetivismo, considerando factible atribuir a la Administración penitenciaria demandada la obligación de realizar un especial esfuerzo de justificación despejando toda sospecha de negligencia o dejación de funciones, con base en el cumplimiento de una función social y de su posición de garante. Así pues, siendo el demandante, víctima del daño, quien tiene que acreditar la actuación negligente por omisión del servicio penitenciario, de forma que no pesa sobre la Administración penitenciaria la carga de probar haber desarrollado una actuación diligente, si existen dudas sobre la omisión de diligencia del garante de la seguridad o sobre la evitabilidad del resultado de daño, prevalece la interpretación a favor de la víctima, sujeto pasivo del delito merecedor de una reparación por una negligencia de índole civil. Efectivamente, no se invierte la carga de la prueba, pero la duda que pudiera surgir en la acreditación de la negligencia del servicio penitenciario por parte del demandante o sobre si podía haberse evitado el daño se debe resolver en favor de aquél, lo que nos parece acertado por las razones que se exponen en la sentencia.

## II. RESPONSABILIDAD DEL CENTRO PSIQUIÁTRICO POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO

### 1. CONSIDERACIÓN PREVIA

En este apartado nos ceñiremos a la responsabilidad del centro psiquiátrico o de salud mental en los supuestos en que un paciente con trastornos mentales

cause un daño a terceros como consecuencia de la comisión de un delito. Dejamos al margen los casos de suicidio del propio interno, en los cuales normalmente se ejercita una acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración por parte de algún pariente cercano en grado al interno fallecido por funcionamiento anormal de los servicios públicos sanitarios, siendo el centro psiquiátrico dependiente de la Administración pública. Así, pues, cuando la víctima del daño no es el paciente que actúa contra sí mismo, será un tercero el que deba ser resarcido por el daño que le haya causado aquél. Como tendremos ocasión de comprobar, se ha declarado la responsabilidad civil del titular del centro psiquiátrico o de salud mental, imputándose tal responsabilidad a la Administración pública por razón de dependencia del centro al servicio público de sanidad.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL DEL TITULAR DEL CENTRO PSIQUIÁTRICO O CENTRO DE SALUD MENTAL POR DAÑOS CAUSADOS POR UN INTERNO A TERCEROS

El denominador común en las resoluciones judiciales que han declarado la responsabilidad civil del titular del centro psiquiátrico o de un centro de salud mental ha sido, de nuevo, la falta o insuficiencia de medidas de prevención, seguridad y custodia que eran precisas en el caso concreto para evitar el daño que causa un paciente<sup>15</sup>. Ejemplo de ello es la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1989, que alude, en particular, al quebrantamiento de medidas de vigilancia y, por tanto, al criterio de culpa o negligencia *in vigilando* de un hospital psiquiátrico sobre el que recae un deber legal de custodia cuando se acepta el ingreso de un paciente. Son hechos probados por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 29 de noviembre de 1985 los que pasamos a resumir. Un paciente interno en un hospital psiquiátrico provincial, dependiente de la Diputación de Valencia, sufría un proceso esquizofrénico de evolución crónica con un grave deterioro mental y con déficit de su capacidad intelectual que le imposibilitaba conocer la diferencia entre el bien y el mal. No obstante, se le permitía salir, cometiendo un delito de incendio en una de esas salidas que causó graves daños, delito del que fue absuelto por la eximente de enajenación mental.

La Audiencia Provincial de Valencia declaró la responsabilidad civil subsidiaria del hospital psiquiátrico y de la Diputación Provincial de Valencia. Esta última interpuso recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo en la citada Sentencia de 6 de octubre de 1989. Se afirma en la misma: «El procesado se hallaba ingresado en el Hospital Psiquiátrico Provincial Padre Jofré de Valencia desde 1975, y pese a no gozar de permisos en la época en que se consumó la infracción, se le veía deambulando por la localidad y, cual él mismo ha ratificado, salía cuando quería de aquel Centro, al que correspondía, naturalmente, su custodia, incurriéndose en una manifiesta culpa *in vigilando* que le arrastra —y, por consecuencia, a la Diputación Provincial— hacia la responsabilidad civil... Cuando, pese a no gozar de permiso, el procesado salía del Hospital «cuando quería», era porque las medidas de vigilancia adoptadas eran nulas o ineficaces... Aceptado el ingreso de un paciente en el establecimiento psiquiátrico, surge un deber legal de custodia del mismo y todo quebrantamiento en la diligencia vigilante, determinante de culpa o negligencia, cual aquí sucede, conlleva la aplicación y efecto de susodicha regla».

A supuestos como este podemos trasladar lo ya analizado en el primer apartado del presente trabajo. También estamos ante un caso en que una acción negligente inicial propicia una acción dolosa posterior, ocupando el agente inicial una

posición de garante. No es aplicable la prohibición de regreso y, por tanto, como sostiene la sentencia, el deber de custodia sobre el paciente interno que corresponde al centro psiquiátrico y la negligencia en el deber de cuidado y vigilancia, que tiene como consecuencia el daño derivado del incendio, permiten sostener la responsabilidad del centro y de la Diputación Provincial del que depende.

Se ha fundamentado esta responsabilidad en la posición de guardador del centro psiquiátrico cuando un paciente con trastorno psiquiátrico comete daños a terceros como consecuencia de la negligencia de uno de los empleados del centro o del propio centro psiquiátrico. En el primer supuesto, se afirma que el hospital responderá también por culpa *in eligendo* o *in vigilando* cuando el dependiente falla en el control o vigilancia del sujeto afectado por la alteración mental<sup>16</sup>.

En el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2010, si bien no se trata de un centro psiquiátrico propiamente dicho, sino de un centro ocupacional, es igualmente predicable la responsabilidad de su titular por el daño causado por un interno. La víctima del daño, en este supuesto, prestaba servicios en un centro perteneciente a la Comunidad de Madrid en el que se encontraba un interno que presentaba una discapacidad psíquica severa. Cuando este se dirigía al interior del centro, agredió a la trabajadora golpeándola fuertemente en la cabeza, lo que implicó una pérdida auditiva en el oído afectado de aproximadamente el 50%. La trabajadora víctima de la agresión reclamó responsabilidad patrimonial de la Administración pública por entender que el daño padecido procedió de una persona que aquella tiene obligación de controlar.

La sentencia citada entiende que sí concurren los requisitos para que surja responsabilidad imputable a la Administración «... toda vez que en Centros Públicos que tienen por objeto la acogida y atendimiento de personas problemáticas *se han de adoptar medidas para evitar agresiones procedentes de aquellas personas acogidas tanto frente a otros residentes como frente a personal que preste allí servicio*. La actora ha padecido, durante una temporada, un cierto comportamiento agresivo por parte de un residente de lo que queda constancia en el libro de incidencias sin que conste que la Dirección del Centro haya tomado medida preventiva alguna para evitar una agresión como la que tuvo lugar el 29 de diciembre de 2005. En este suceso se puede apreciar claramente la efectiva realidad del daño o perjuicio, siendo este evaluable económicamente e individualizado; dicho daño es consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público *en cuanto que no se adoptó medida alguna para prevenirlo o evitarlo, sin que conste la intervención de elementos extraños que pudieran influir, pues la relación causal se encuentra entre la falta de medidas y el daño y no entre este y el agresor, como parece pretender la Administración...*» (la cursiva es nuestra).

Similar es el caso enjuiciado por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de marzo de 2018. Un interno en el Hospital Universitario Puerta de Hierro, afectado de esquizofrenia paranoide, fue trasladado a un centro público de salud mental. En dicho centro fue atendido por una doctora que prestaba sus servicios como psiquiatra. Conforme a los hechos probados, en el transcurso de una sesión, el paciente se abalanzó sobre la doctora y le golpeó la cabeza reiteradamente contra la mesa de la consulta, sin que la misma pudiera impedir la agresión ni minorar sus consecuencias debido a la falta de medidas de seguridad, ni personal ni de ningún otro tipo, en el indicado centro de salud mental. El paciente no cesó en su agresión hasta que intervinieron personas que se encontraban en el exterior del edificio al oír los gritos de auxilio de la doctora. El paciente, acusado de los delitos de atentado y de lesiones, fue absuelto

por la eximente completa de trastorno psíquico. La doctora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta, por silencio administrativo negativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid, titular del centro de salud mental en el que ocurrieron los hechos.

En la citada sentencia, el Tribunal centra la controversia en torno a la posible omisión de medidas de seguridad por parte de la Administración, teniendo en cuenta la situación de riesgo que existe en un centro de salud dedicado a la atención de enfermos con dolencias psiquiátricas. Después de aludir a los hechos probados, el Tribunal añade que en el expediente administrativo obra un informe de la directora del centro de salud mental en el que se precisa que, pese a que el centro disponía de una alarma general en las puertas de acceso y de un timbre de emergencia situado en la secretaría que conecta con la central de alarmas, este dispositivo no tenía ninguna capacidad para proteger ni evitar las potenciales agresiones de los pacientes y que el centro tampoco disponía de personal de seguridad. Se solicitó a la gerencia un estudio de medidas de seguridad pertinentes y específicas adaptadas al centro de salud y, tras la visita al mismo por parte del jefe de mantenimiento del hospital y la realización del estudio técnico, se elaboró un proyecto que no llegó a ejecutarse.

Con base en todo ello, se concluye en la referida sentencia que «... es un hecho que no existía ningún tipo de medida de seguridad. Esto es, no se trata de que las cautelas adoptadas resultaran insuficientes para afrontar la singular agresión sufrida por la recurrente, sino que no se instaló absolutamente ninguna medida de seguridad, ni siquiera un timbre de alarma que pudiera accionarse para recibir auxilio inmediato. Sentado lo anterior, es menester determinar si era realmente necesario algún tipo de prevención para hacer frente a sucesos como el que acontecieron y la respuesta, se avanza, es afirmativa. Ello por cuanto la afectada desempeñaba su profesión en un centro especializado en salud mental que, como es sabido, abarca numerosas patologías que conllevan, cuando menos, un matiz objetivo de peligrosidad. Algo que se colige sin dificultad de los propios hechos declarados probados... Todo cuanto antecede conduce a estimar que concurre la denominada culpa in vigilando de la Administración habida cuenta que no adoptó ni la más mínima precaución aunque existían motivos objetivos que demandaban la adopción de algún tipo de medida de seguridad para preservar la integridad de quienes desempeñan sus funciones profesionales en un ámbito de la sanidad tan específico y singular como el de la salud mental, caracterizado por la excepcional incidencia que este tipo de enfermedades tienen sobre el comportamiento de los pacientes... Por consiguiente, la Sala aprecia un déficit de seguridad en las instalaciones del Centro de Salud Mental. Es cierto que la actuación negligente o la inactividad de la Administración no fue la causa directa, inmediata y exclusiva de las lesiones sufridas por la recurrente que, realmente, fueron consecuencia de la agresión ejecutada por el paciente... Esto, no obstante, atendiendo al título de imputación de la responsabilidad y valorando que no se adoptó absolutamente ninguna medida de seguridad, se estima que la Administración ha de responder de la totalidad de los daños causados».

Tanto en este caso, como en el que resolvió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de noviembre de 2010 expuesto anteriormente, surge el deber de indemnizar cuando, producido el daño, exista una relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y dicho daño. No obstante, deberán concurrir los presupuestos o requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, que se han resumido

en los siguientes: efectiva realidad del daño o perjuicio susceptible de evaluación económica e individualizado; que el daño causado sea antijurídico, en el sentido de que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo; ausencia de fuerza mayor; que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público<sup>17</sup>.

Por tanto, si un particular sufre un daño acreditado que no tiene obligación de soportar conectado por un nexo de causalidad al funcionamiento del servicio público y dicha cadena causal no se quiebra por intervención de fuerza mayor, la Administración es responsable y deberá indemnizar al perjudicado.

En los casos que nos ocupan en este apartado, la causa inmediata del daño es la conducta agresora de un paciente. Sin embargo, la responsabilidad del titular del centro se declara porque entre el daño y la ausencia o inadecuada adopción de medidas de seguridad necesarias en un centro en el que se trata a personas con patologías psíquicas que conllevan un nivel de peligrosidad susceptible de desencadenar dicho daño, con una razonable probabilidad, existe una relación de causalidad determinante de responsabilidad. Siendo el daño un efecto o consecuencia de una falta o insuficiencia de medidas que, de haberse adoptado lo hubieran evitado siendo previsible, el nexo causal se cumple y fundamenta la obligación de indemnizar, a pesar de ser el paciente con trastorno psíquico quien causa directamente el daño. De no ser así, se desestima la pretensión solicitada por la víctima del daño de responsabilidad del titular del centro.

Por haberse cumplido las medidas de seguridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León de 7 de mayo de 2010 desestimó el recurso de una auxiliar de enfermería en la Unidad de Psiquiatría de un hospital de titularidad pública. De acuerdo con los hechos probados, la recurrente fue agredida por un paciente que presentaba una demencia severa con conducta agresiva de larga evolución y síntomas psicóticos. Consecuencia de esa acción, la actora sufrió una hernia discal C4-C5, estando de baja laboral durante diez meses. El día de la agresión, el paciente fue valorado por la Unidad de Psiquiatría, se acordó su ingreso en dicha unidad, durante el examen se le había suministrado un antipsicótico y antiemético, por lo que estuvo tranquilo y no dio muestras de agresividad. Durante el proceso de ingreso estuvo acompañado de personal de seguridad de oficio, la psiquiatra de guardia y su familia. Ya en la unidad se quedaron con él una celadora, la enfermera y la auxiliar recurrente. Al desvestirle propinó un puñetazo a la recurrente, que fue la causa de las lesiones que padeció. Posteriormente, intentó nuevas agresiones, interviniendo personal de seguridad, dos enfermeras, una auxiliar de clínica y una celadora.

La citada sentencia desestima, como hemos anticipado, el recurso de la auxiliar de enfermería agredida por el paciente por entender que se cumplieron en todo momento las medidas de seguridad que eran aplicables: «Se dice que se cumplió el protocolo de la Unidad de Psiquiatría pues ante pacientes violentos se acuerda la presencia de tres empleados públicos: una celadora, la enfermera y la auxiliar de guardia... y solo si se precisa contener a ese paciente se recomienda contar con el mayor número posible de personas, especialmente el personal de seguridad. Nótese que se dice “contener”, es decir, cuando ya ha aflorado la violencia. En iguales términos de actuación conforme a protocolo se manifiesta la Inspección Médica. Por lo tanto, no es atendible el alegato de la actora referido a algunas “denuncias” previas en relación con los medios de ese servicio porque: 1) se contaron con los medios humanos necesarios, 2) no consta que esas denuncias fuesen razonables o irrazonables, 3) no consta si fueron o no atendidas...etc. En resumidas cuentas, la parte actora debe asumir las consecuencias derivadas de la



actuación de un enfermo mental previamente sedado y “manejado” —dicho con el máximo de los respetos— por tres empleados, conforme exige el protocolo».

Por no existir relación de causalidad entre el daño y la supuesta omisión de medidas de seguridad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 24 de enero de 2011 desestimó el recurso interpuesto por un celador que, mientras prestaba sus servicios profesionales en un centro de salud de titularidad de la Comunidad de Madrid, fue agredido por un enfermo que le asestó varias puñaladas con un cuchillo de caza. El recurrente considera que concurren los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues entiende que el daño causado se hubiera evitado si el centro de salud hubiese contado con medidas de seguridad hacia sus empleados, teniendo en cuenta que es un lugar donde acuden enfermos con enfermedades de todo tipo, incluso mentales.

En la sentencia, se afirma que el hecho causal de las lesiones producidas al recurrente «... resulta ajeno a la Administración Sanitaria demandada, sin que esta resulte responsable por la razón de que aquel se produjera por un enfermo mental en el recinto del Centro de Salud de Cadalso de los Vidrios y el perjudicado prestara servicios como Celador en dicho Centro de Salud, ya que imputándose la responsabilidad de la Administración a una omisión de medidas de seguridad, no se ha acreditado qué clase de medidas debían haberse adoptado y no se llevaron a cabo infringiéndose normas concretas que obligaran a su establecimiento. No existe, por tanto, la necesaria relación de causalidad jurídica exigible para apreciar la responsabilidad patrimonial que se pretende por la parte recurrente...».

En los casos analizados en que se declara responsable a la Administración como titular del centro psiquiátrico o de salud mental por los daños causados por personas con trastornos mentales está también presente, como sucede con los internos en establecimientos penitenciarios, una relación de especial sujeción que requiere de la misma un deber de vigilancia y control.

Como señala la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 1989, si se acepta a un paciente en un establecimiento psiquiátrico, surge un deber legal de custodia, siendo responsable del daño ocasionado por el mismo al haberse desatendido la obligación de adoptar las necesarias medidas que hubieran evitado el daño. Lo mismo puede decirse cuando la titularidad del centro psiquiátrico sea de una entidad privada. Se ha justificado dicha responsabilidad en los artículos 1903.4 del Código civil o 120.3 del Código penal<sup>18</sup>. Recordemos que este último precepto establece la responsabilidad civil de las personas naturales o jurídicas «... en los casos de delitos cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido los reglamentos de policía o las disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción».

### III. CONCLUSIONES

I. Con relación a los daños causados por un interno en un centro penitenciario a otro interno, con ocasión de la comisión de un delito, la Administración penitenciaria es responsable civil subsidiario como titular del centro que ocupa una posición de garante, teniendo la obligación de velar por la vida, integridad y salud de los internos conforme al artículo 3.4 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.



II. Dicha responsabilidad se imputa a la Administración penitenciaria, conforme al artículo 120.3.º del Código penal, cuando se hayan infringido reglamentos de policía o disposiciones de la autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que este no se hubiera producido sin dicha infracción.

III. La omisión negligente de medidas adecuadas de seguridad preventivas generan un riesgo no permitido por ser evitable, teniendo en cuenta que, precisamente, esas medidas tratan de evitar el resultado de daño. La responsabilidad civil subsidiaria de la Administración penitenciaria le obliga al resarcimiento de un daño que ha facilitado por la ausencia de la debida diligencia en el desarrollo de la actividad del servicio penitenciario, por la desatención de sus deberes sobre los internos.

IV. No se trata de una responsabilidad objetiva. Tampoco es aplicable el expediente de la inversión de la carga de la prueba, utilizado por la jurisprudencia para objetivar el régimen del artículo 1902 del Código civil. El demandante, víctima del daño, tiene que acreditar la actuación negligente del servicio penitenciario, no correspondiendo a la Administración penitenciaria la carga de probar que ha desarrollado una actuación diligente.

V. No obstante, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2021 sostiene que, por su posición de garante y con base en el cumplimiento de una función social, la Administración penitenciaria demandada tiene la obligación de realizar un especial esfuerzo de justificación despejando toda sospecha de negligencia o dejación de funciones. Por tanto, si existen dudas sobre la omisión de diligencia o sobre la evitabilidad del resultado de daño, prevalece la interpretación a favor de la víctima, sujeto pasivo del delito merecedor de una reparación por una negligencia de índole civil. Nos parece acertado por los motivos que se exponen en la citada sentencia que, aun no invirtiéndose la carga de la prueba, la duda que pudiera surgir en la acreditación de la negligencia del servicio penitenciario por parte del demandante o sobre si podía haberse evitado el daño deba resolverse en favor de aquél.

VI. Con relación a los daños causados a terceras personas por un paciente interno en un centro psiquiátrico o de salud mental, con ocasión de la comisión de un delito, el titular del centro es responsable civil por la falta o insuficiencia de medidas de prevención, seguridad y custodia que eran precisas para evitar el daño. Esta negligencia es el denominador común en las resoluciones judiciales que han declarado la responsabilidad civil del titular de un centro psiquiátrico o de un centro de salud mental.

VII. En los casos analizados en que se declara dicha responsabilidad está también presente una relación de especial sujeción que requiere del titular centro psiquiátrico o de salud mental un deber de vigilancia y control. Señala el Tribunal Supremo que, si se acepta a un paciente en un establecimiento psiquiátrico, surge un deber legal de custodia, siendo responsable del daño ocasionado por el mismo al haberse desatendido la obligación de adoptar las necesarias medidas que hubieran evitado el daño.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021) Acción imprudente que propicia una acción dolosa de un tercero. ¿Prohibición de regreso? En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en*

- Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo I.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 237-298.
- ATAZ LÓPEZ, J. (2021) Caso fortuito y fuerza mayor en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la distinción entre ambas nociones. En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo I.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 469-508.
- CARRASCO PERERA, A., (2020) Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En: M.J. Herrador Guardia (dir.), *Derecho de daños (cuestiones actuales)*. Madrid: Lefebvre, 53-99.
- COSTAS RODAL, L. (2020) El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 782, 3945-3973.
- (2021) La responsabilidad civil por daños personales por caídas en establecimientos abiertos al público. En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo I.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 1641-1687.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1999) *Derecho de daños*. Madrid: Civitas.
- ORDÁS ALONSO, M., (2021) Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos. En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón. Tomo III.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 815-860.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1990) Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación, en *Centenario del Código civil (1889-1989). Tomo II.* Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid.
- PEÑA LÓPEZ, F. (2002) *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares.
- (2013) Comentario al artículo 1902 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. 4.ª ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2462-2467.
- REGLERO CAMPOS, F./MEDINA ALCOZ, L., (2014) El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En: F. Reglero Campos/J.M. Busto Lago (dir.), *Tratado de Responsabilidad civil. Tomo I.* Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ROCA TRÍAS, E. (2009) El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. *InDret*, núm. 4, 1-17.
- SEUBA TORREBLANCA, J.C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2004) Daños causados por personas con trastornos mentales. *InDret*, núm. 2, 1-28.

## V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 29 de noviembre de 1985
- STS de 16 de febrero de 1988
- STS de 6 de octubre de 1989

- STS de 10 de julio de 2000
- STS de 31 de enero de 2001
- STS de 5 de junio de 2001
- STS de 21 de junio de 2001
- STS de 13 de julio de 2002
- STS de 18 de octubre de 2004
- STS de 13 de diciembre de 2005
- STS de 30 de mayo de 2007
- STS de 3 de marzo de 2010
- STS de 2 de diciembre de 2013
- STS de 18 de marzo de 2016
- STS de 12 de marzo de 2021
- STS de 15 de marzo de 2021

#### SENTENCIAS DE TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de 18 de noviembre de 2010 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid)
- STSJ de 7 de mayo de 2010 (Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León)
- STSJ de 24 de enero de 2011 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid)
- STSJ de 8 de marzo de 2018 (Tribunal Superior de Justicia de Madrid)

#### NOTAS

<sup>1</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021) Acción imprudente que propicia una acción dolosa de un tercero. ¿Prohibición de regreso? En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 291.

<sup>2</sup> PANTALEÓN PRIETO, F. (1990) Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación. En: *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Tomo II. Asociación de Profesores de Derecho Civil, Madrid, 1573; Díez-PICAZO, L. (1999). *Derecho de daños*. Madrid: Civitas, 347.

<sup>3</sup> REGLERO CAMPOS, F./MEDINA ALCOZ, L., (2014) El nexa causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. En: F. Reglero Campos/J.M. Busto Lago (dir.), *Tratado de Responsabilidad civil*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 791 y 792.

<sup>4</sup> ROCA TRÍAS, E. (2009) El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español. *InDret*, núm. 4, 5.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021) Acción imprudente que propicia una acción dolosa de un tercero... *op. cit.*, 266-267.

<sup>6</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2002) *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*. Granada: Comares, 442-443.

<sup>7</sup> ATAZ LÓPEZ, J. (2021) Caso fortuito y fuerza mayor en el Código civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la distinción entre ambas nociones. En: J. Ataz López/J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 484.

<sup>8</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2002) La culpabilidad en la responsabilidad..., *op. cit.*, 500.

<sup>9</sup> COSTAS RODAL, L. (2021) La responsabilidad civil por daños personales por caídas en establecimientos abiertos al público. En: J. Ataz López/J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo I. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 1676.

<sup>10</sup> COSTAS RODAL, L. (2020) El alcance de la asunción del riesgo por la víctima en la práctica deportiva y espectáculos de ocio peligrosos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*,

núm. 782, 3951. Cita la autora el artículo 3:101 de los PETL —*Principles of European Tort Law*— conforme al cual «una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido».

<sup>11</sup> ÁLVAREZ OLALLA, P. (2021) Acción imprudente que propicia una acción dolosa de un tercero... *op. cit.*, 264.

<sup>12</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2013) Comentario al artículo 1902 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. 4.<sup>a</sup> ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2465.

<sup>13</sup> Así lo sostiene CARRASCO PERERA, A., (2020). Revisión conceptual de la imputación y prueba de la culpa aquiliana. En: M.J. Herrador Guardia (dir.), *Derecho de daños (cuestiones actuales)*. Madrid: Lefebvre, 57. Lo ejemplifica como sigue: «Si las «reparaciones necesarias» del edificio fueren exigidas por una norma —y lo será ordinariamente, como concreción del deber general de conservación que se impone en la normativa urbanística—, el incumplimiento de la norma es una iniuria. El daño indirectamente causado (la ruina) se imputa causalmente al propietario si aquel daño es manifestación típica del riesgo que intentaba prevenir la norma, y en ello consiste la ilicitud».

<sup>14</sup> PEÑA LÓPEZ, F. (2013) Comentario al artículo 1902 del Código civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*, *op. cit.*, 2465.

<sup>15</sup> Con relación a la responsabilidad del titular de un establecimiento abierto al público por caídas, indica COSTAS RODAL, L. (2021) La responsabilidad civil por daños personales..., *op. cit.*, 1677, que la comprobación de la diligencia está asociada «... a la constatación de si el titular adoptó en el caso concreto las medidas de evitación del daño y seguridad precisas o si era exigible alguna medida de seguridad adicional a las tomadas».

<sup>16</sup> SEUBA TORREBLANCA, J.C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2004) Daños causados por personas con trastornos mentales. *InDret*, núm. 2, 20.

<sup>17</sup> ORDÁS ALONSO, M., (2021) Vacunación y responsabilidad patrimonial de la Administración. De la vergonzante doctrina jurisprudencial al principio de socialización de los riesgos. En: J. Ataz López/ J.A. Cobacho Gómez (coord.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al Profesor Dr. Roca Guillamón*. Tomo III. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 817.

<sup>18</sup> SEUBA TORREBLANCA, J.C./FARNÓS AMORÓS, E./FERNÁNDEZ CRENDE, A. (2004). Daños causados por personas con trastornos mentales, *op. cit.*, 21.

## 1.7. Concursal

# La inscripción de los contratos de arrendamiento urbano en el Registro de la Propiedad

## *The registration of urban lease contracts in the Property Registry*

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS  
*Profesora contratada Doctora de Derecho civil  
Acreditada a profesor titular de Universidad  
Universidad Complutense de Madrid*

**RESUMEN:** El ordenamiento jurídico español contempla la posibilidad de inscripción de los contratos de arrendamiento en el Registro de la Propiedad para dotar al derecho arrendaticio de una oponibilidad *erga omnes*. El Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos regula esta cuestión, si bien circunscribiendo su ámbito de aplicación a los arrendamientos urbanos celebrados a partir del 1 de enero de 1995 y sujetos a la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de Arrendamientos Urbanos. Esta norma, que remite a la legislación notarial y registral general, regula el título formal inscribible en el Registro de la Propiedad (confirmando la regulación general) así como las circunstancias que debe expresar tal título y sean relativas a la descripción de la finca arrendada, la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta inicial y demás cláusulas pactadas. La norma prevé expresamente la posibilidad de inscripción no solo del contrato de arrendamiento inicial sino de las modificaciones posteriores del mismo (subarrendos, cesiones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones). El Real Decreto prevé también la posibilidad de inscripción del contrato de arrendamiento cuando no se refiera a la totalidad de la finca inmatriculada sino solo a una parte de esta, sin necesidad de segregación o constitución previa de la propiedad horizontal, siempre que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada. Finalmente, la norma contempla la cancelación de oficio de la inscripción de arrendamiento cuando haya quedado extinguido por transcurso de su vigencia legal o pactada y no conste inscrita prórroga convencional. Y la cancelación a instancia de parte mediante acta notarial por la que arrendador o arrendatario notifican su voluntad de excluir la prórroga tácita del artículo 10 de la LAU.

**ABSTRACT:** *The Spanish legal system contemplates the possibility of inscription of lease contracts in the Property Registry to give the right of tenancy an enforceability erga omnes. Royal Decree 297/1996, of February 23, on registration in the Land Registry of Urban Leasing Contracts regulates this issue, although limiting its scope to urban leases entered into as of January 1, 1995 and subject to Law 29/1994, of November 24, on Urban Leases. That norm, which refers to the general*

*notarial and registry legislation, regulates the formal title inscribable in the Property Registry (confirming the general regulation) as well as the circumstances that must express said title and are related to the description of the leased property, the identity of the contracting parties, agreed duration, initial rent and other agreed clauses. The regulation expressly raises the possibility of registering not only the initial lease contract but also subsequent modifications to it (subleases, assignments, extensions and any other modification). The Royal Decree also analyzes the possibility of inscribing the lease when it does not refer to the entire registered property but only to a part of it, without the need for segregation or prior constitution of the horizontal property, provided that the leased property is sufficiently delimited. Finally, the norm contemplates the ex officio cancellation of the lease registration when its legal or agreed term has been extinguished and no conventional extension is recorded. And the cancellation at the request of a party, by means of a notarial act by which the lessor or lessee notify their will to exclude the tacit extension of article 10 of the LAU.*

PALABRAS CLAVE: Arrendamiento urbano. Registro de la Propiedad.

KEY WORDS: Urban leasing contracts. Property registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 297/1996, DE 23 DE FEBRERO SOBRE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS.—III. EL TÍTULO MATERIAL INSCRIBIBLE.—IV. EL TÍTULO FORMAL.—V. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL.—VI. LA FINCA SOBRE LA QUE RECAE EL ARRENDAMIENTO: 1. FINCA NO INMATRICULADA. 2. FINCA INMATRICULADA.: A. *Finca arrendada que coincide con la finca inscrita bajo folio registral independiente.*—B. *Finca arrendada que no coincide con la finca inscrita bajo folio registral independiente.*—VII. ASIENTOS A PRACTICAR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD: 1. ASIENTO DE INSCRIPCIÓN. 2. ASIENTO DE CANCELACIÓN.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—X. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley Hipotecaria prevé desde 1861 la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamiento. La inscripción en el Registro de la Propiedad dota al derecho arrendaticio inscrito de una transcendencia jurídico-real u oponibilidad *erga omnes*, lo que otorga una particular protección al arrendatario en caso de enajenación voluntaria de la vivienda arrendada o de resolución del derecho del arrendador.

En el ordenamiento jurídico español el Real Decreto 297/1996 regula la inscripción de ciertos contratos de arrendamiento, no habiéndose verificado una reforma del mismo anunciada por la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (que reformó la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos).

En las próximas líneas analizaremos el ámbito de aplicación del Real Decreto 297/1996, el título material inscribible y el título formal que permite el acceso de aquel al Registro de la Propiedad; si es o no precisa para la inscripción la

calificación previa del registrador de la propiedad; el problema de que la finca arrendada no esté inmatriculada y el problema de que la finca arrendada coincida con la que tiene folio abierto o no, por ser parte de esta, así como los asientos a que dan lugar los contratos de arriendo y sus modificaciones en el Registro de la Propiedad.

## II. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REAL DECRETO 297/1996, DE 23 DE FEBRERO, SOBRE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTOS URBANOS

La inscripción de los contratos de arrendamientos urbanos en el Registro de la Propiedad ya fue prevista por la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 (en adelante LH) e incluso, con anterioridad, por el Real Decreto de 23 de mayo de 1845. De acuerdo con el artículo 2 de la LH de 1861 eran inscribibles los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles por un periodo superior a 6 años y los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles en que se hubiesen anticipado las rentas de tres o más años, añadiéndose en la reforma de 1869 aquellos arrendamientos que aun no reuniendo ninguno de dichos requisitos hubiese convenio expreso de las partes para que se inscribiesen<sup>1</sup>.

La disposición adicional segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) modificó el artículo 2, número 5.º LH que pasó a tener la siguiente redacción:

*«En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:*

*... 5.º.—Los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos».*

Igualmente, la mencionada disposición adicional segunda de la LAU establecía en su apartado segundo que *«en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta ley [1 de enero de 1995] se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad».*

Por lo tanto, con la reforma verificada por la LAU se eliminaron los requisitos exigidos para la inscribibilidad de los arrendamientos urbanos de manera que cualquier arrendamiento de finca urbana o rústica pasó a ser inscribible y, por otro lado, el contenido del artículo 13 del Reglamento Hipotecario (en adelante RH) se trasladó a la Ley Hipotecaria al señalarse en el artículo 2.5.º LH que son inscribibles *los subarriendos, cesiones y subrogaciones en los contratos de arrendamiento*<sup>2</sup>.

El desarrollo reglamentario que preveía la disposición adicional segunda.2 de la LAU se concretaba a *los arrendamientos urbanos* y el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los Contratos de Arrendamientos Urbanos ciñó su ámbito de aplicación (art. 1) *«exclusivamente a la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos celebrados a partir del día 1 de enero de 1995».* De este modo, los arrendamientos rústicos y los urbanos celebrados antes del 1 de enero de 1995 se rigen en cuanto a su inscripción por las disposiciones generales, teniendo presente que los arrendamientos urbanos anteriores al 1 de enero de 1995 tendrán que cumplir con las exigencias del artículo 2.5.º LH en su redacción anterior a la reforma verificada por la LAU, dado que tal reforma no tiene efectos retroactivos. En cuanto a si



el Real Decreto 297/1996 es aplicable a todo arrendamiento urbano posterior al 1 de enero de 1995 o solamente a los sujetos a la legislación especial, el Real Decreto no está pensado para los arrendamientos excluidos de la LAU pero sería posible su aplicación analógica<sup>3</sup>.

En resumen, el Real Decreto se aplica *directamente* a los arrendamientos de vivienda y para uso distinto de vivienda sujetos a la LAU y que se celebren a partir del 1 de enero de 1995, no abarcando su ámbito de aplicación los arrendamientos rústicos, los arrendamientos urbanos sujetos al Código civil, los arrendamientos urbanos anteriores al 1 de enero de 1995 sujetos a la legislación especial arrendaticia, ni los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la LAU aunque se celebrasen después del 1 de enero de 1995 (*vid.*, art. 5 LAU)<sup>4</sup>.

Como el Real Decreto 297/1996 entró en vigor el 15 de marzo de 1996, hasta esa fecha la inscripción de los arrendamientos se hizo con arreglo a la legislación hipotecaria general. Como el real decreto tampoco contenía disposiciones que exigieran la adaptación de las inscripciones practicadas entre el 1 de enero de 1995 y el 15 de marzo de 1996, dichas inscripciones se mantuvieron en los mismos términos en que fueron practicadas<sup>5</sup>. Pero los «subarriendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos se sujetarán al reglamento si se practican después de su vigencia»<sup>6</sup>.

Aunque la disposición final segunda de la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado del alquiler de viviendas (que reformó la LAU) preveía una modificación del Real Decreto 297/1996, esta nunca se ha llevado a efecto<sup>7</sup>.

### III. EL TÍTULO MATERIAL INSCRIBIBLE

A efectos de practicar la inscripción en el Registro de la Propiedad ha de presentarse en el registro un documento (título formal) que recoja el título material, esto es, el acto o negocio jurídico, la resolución judicial o el acto administrativo por el que se crea, reconoce, transmite, modifica o extingue un derecho real, es decir, el modo de adquirir (o causa jurídica de la adquisición), siendo este título material el que es objeto de la inscripción<sup>8</sup>.

Para que el título material sea inscribible «es preciso que persiga la producción de un efecto jurídico-real» (arts. 2.1.º y 2.º LH, 7 y 9 RH). De hecho, el artículo 9 RH indica que «no son inscribibles la obligación de constituir, transmitir, modificar o extinguir el dominio o un derecho real sobre cualquier inmueble, o la de celebrar en lo futuro cualquiera de los contratos comprendidos en los artículos anteriores, *ni en general cualesquiera otras obligaciones o derechos personales, sin perjuicio de que en cada uno de estos casos se inscriba la garantía real constituida para asegurar su cumplimiento o se tome anotación cuando proceda, de conformidad con el artículo cuarenta y dos de la Ley*». Aunque «solo acceden al Registro los títulos con efectos reales y se rechazan los títulos con efectos meramente obligacionales, excepcionalmente nuestra legislación hipotecaria admite la inscribibilidad de estos últimos en ciertos casos, y siempre que concurren determinadas circunstancias. Supuestos de este tipo son: *los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles y los subarriendos, cesiones y subrogaciones de los mismos (art. 2.5.º LH), el contrato de opción de compra (art. 14 RH) y el derecho de retorno de los inquilinos (art. 15 RH)*»<sup>9</sup>.

Por lo tanto, el título inscribible en el Registro de la Propiedad sería el contrato de arrendamiento urbano por disposición expresa de la ley como excepción a

la regla general (arts. 9 y 51.6.<sup>a</sup> RH), dotando la inscripción *al derecho arrendaticio* (publicado por el Registro) de una eficacia u oponibilidad *erga omnes*, lo que lo aproximaría a los derechos reales<sup>10</sup>, si bien por tratarse de un derecho personal y no jurídico-real no va a gozar en su favor de la presunción *iuris tantum* de existencia y pertenencia del derecho en favor del titular inscrito (arts. 38 y 41 LH) ni de la presunción *iuris et de iure* (arts. 32 y 34 LH) de exactitud e integridad del Registro en beneficio de tercero hipotecario, teniendo presente que no puede ser tal el adquirente de un mero derecho personal<sup>11</sup>. En este sentido, si el cesionario del contrato de arrendamiento urbano inscrito es mantenido en el arrendamiento durante el periodo de prórroga legal obligatoria para el arrendador (a pesar de no ser este el *verus dominus*, tal efecto no deriva del artículo 34 Ley Hipotecaria sino del artículo 8.1 y 13.3 LAU en redacción dada por Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo, de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler, según el cual «durarán cinco años los arrendamientos de vivienda ajena que el arrendatario haya concertado de buena fe con la persona que aparezca como propietario de la finca en el Registro de la Propiedad, o que parezca serlo en virtud de un estado de cosas cuya creación sea imputable al verdadero propietario, sin perjuicio de la facultad de no renovación a que se refiere el artículo 9.1, salvo que el referido propietario sea persona jurídica, en cuyo caso durarán siete años», indicando el artículo 8.1 Ley 29/1994 que «el contrato de arrendamiento no se podrá ceder por el arrendatario sin el consentimiento escrito del arrendador. En caso de cesión, el cesionario se subrogará en la posición del cedente frente al arrendador»<sup>12</sup>.

Como hemos indicado «son inscribibles todos los arrendamientos sujetos a la LAU, tanto los de vivienda como aquellos para uso distinto del de vivienda, sean cuales sean su duración o las rentas anticipadas. Lo inscribible ha de ser un auténtico contrato de arrendamiento, y una mera promesa o compromiso futuro de arrendar. Son también inscribibles los *subarriendos* tanto el de vivienda (art. 8.2 LAU, que solo admite el subarriendo parcial), como el de uso distinto de vivienda (art. 32 LAU). Igualmente son inscribibles las *cesiones* de derechos arrendaticios realizadas por el inquilino de vivienda (art. 8.1 LAU) o de uso distinto (de nuevo, artículo 32 LAU). En fin, son inscribibles las *subrogaciones* producidas en los arrendamientos de vivienda (art. 16 LAU) y en los de uso distinto de vivienda (art. 33 LAU). La inscripción de las *retrocesiones* es posible al amparo del artículo 13 RH, aun cuando no se refiera a ellas el nuevo artículo 2.5.<sup>o</sup> LH...»<sup>13</sup>.

#### IV. EL TÍTULO FORMAL

En cuanto al título formal, el artículo 2 del Real Decreto 297/1996 señala que «serán títulos suficientes para practicar la inscripción del arrendamiento en el Registro de la Propiedad la escritura pública notarial o la elevación a escritura pública del documento privado de este contrato», precepto que SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS consideran inútil «pues se limita a recoger la regla general contenida en el artículo 3 Ley Hipotecaria»<sup>14</sup>.

Ciertamente el legislador no ha querido apartarse de tal regla general, pues en el Preámbulo del Real Decreto 297/1996 ha señalado:

«El apartado 2 de la disposición adicional segunda de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, dispone que se establecerán reglamentariamente los requisitos de acceso de los contratos de arrendamientos urbanos al Registro de la Propiedad.

*En el desarrollo de esta disposición adicional se ha tenido en cuenta que no hay motivos ni bases legales bastantes para estimar alterados los principios generales de nuestro ordenamiento inmobiliario registral, que exigen, como regla, la titulación pública de los derechos inscribibles y su reflejo en el Registro por medio del asiento principal de inscripción».*

La doctrina ha señalado que no cumpliría las exigencias del artículo 2 del Real Decreto 297/1996 y del artículo 3 LH un acta de protocolización de un contrato privado porque, como indica el artículo 215 del Reglamento Notarial (en adelante, RN), no produce los efectos de escritura pública<sup>15</sup>. Tampoco cabría inscribir un documento con firma legitimada (art. 258 RN) ya que este precepto indica que «solo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia...»<sup>16</sup>.

Sin embargo, sí podría inscribirse un título formal diverso de la escritura pública como una resolución judicial o un documento administrativo<sup>17</sup>.

La doctrina ha considerado que «el requisito de titulación impuesto por el artículo 2 del Real Decreto 297/1996 resulta desproporcionado y difícilmente practicable cuando lo que se pretende inscribir es, por ejemplo, una subrogación «*mortis causa*» (art. 16 LAU) o la continuación del arrendamiento en favor de uno de los cónyuges (arts. 12 y 15 LAU). En estos casos debiera bastar para practicar la inscripción el acta notarial, como sucede en determinados casos en sede de cancelación del arrendamiento inscrito (*cfr.* art. 7.3 y 4 del Real Decreto 297/1996)»<sup>18</sup>.

En cuanto a los datos que debe contener el título formal vienen detallados en el artículo 3 y 4 del Real Decreto 297/1996, preceptos que parecen dirigirse a los notarios y que «hay que completar con las previsiones generales de los artículos 170 y siguientes del Reglamento Notarial» y 9 LH y 51 RH<sup>19</sup>.

De acuerdo con el artículo 3 de la mencionada norma:

«1. Cuando la finca arrendada conste inscrita bajo folio registral independiente, se consignarán por el Notario, incluso si no aparecen reflejados en el documento privado del contrato [que se eleva a documento público], todos los datos sobre la población, calle, número y situación dentro del edificio de la finca arrendada, superficie y linderos de ésta. Se consignarán también los datos de inscripción en el Registro de la Propiedad y, en su caso, el número correlativo que tuviere asignado la finca arrendada en la propiedad horizontal, así como la cuota de comunidad correspondiente a la misma cuando se haya pactado que los gastos generales sean a cuenta del arrendatario.

2. Si la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y es una parte de esta, se describirá aquella con las mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda»<sup>20</sup>.

En cuanto al artículo 4 del Real Decreto 297/1996, relativo a otros datos del título distintos de la descripción de la finca, indica que «se harán constar en este, además de la identidad de los contratantes, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado»<sup>21</sup>.

El notario aparte de lo indicado en el artículo 3 del Real Decreto 297/1996 deberá hacer constar cualquier otro dato esencial o conveniente para la descrip-

ción de la finca, siendo aplicables además el artículo 9 LH y el artículo 51 RH que señalan las circunstancias de la inscripción (por remisión de la disposición final primera del Real Decreto 297/1996 a las normas notariales y registrales en vigor); circunstancias todas ellas que deberán recogerse en el título formal (art. 21.1 LH)<sup>22</sup>.

Con un contenido similar al artículo 3 y 4 del Real Decreto 297/1996, el artículo 37 LAU señala que *«las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento. En este caso se hará constar la identidad de los contratantes, la identificación de la finca arrendada, la duración pactada, la renta inicial del contrato y las demás cláusulas que las partes hubieran libremente acordado»*.

Es interesante, particularmente, la mención del artículo 37 LAU a que las partes podrán compelerse recíprocamente a la formalización *por escrito* del contrato, pues sobre la base de este precepto y de los artículos 1279 y 1280 del Código civil (más restrictivo que el artículo 37 LAU pues «interpretado a la luz del que le precede ...reconoce acción para la documentación «pública» [lo que es distinto de «por escrito»] y no de todos los contratos [de arrendamiento], sino solo de aquellos celebrados sobre inmuebles «por seis o más años»»), restricción que no incorpora el artículo 37 LAU, podría formularse siempre la pretensión de elevación a escritura pública del contrato celebrado en documento privado tanto para preconstituir prueba como para el acceso al Registro de la Propiedad y garantía de la oponibilidad *erga omnes*, incluso en caso de no estar inmatriculada la finca ya que el arrendatario podría lograr dicha inmatriculación por la vía del actual artículo 203.2 de la Ley Hipotecaria<sup>23</sup>.

Los títulos formales señalados en el artículo 2 Real Decreto 297/1996 permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arriendos, subarriendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos (art. 4).

Los gastos que origine la inscripción a falta de una regla como la contenida en el artículo 1455 del Código civil en sede de compraventa, serán de cargo de arrendador o arrendatario en función de lo pactado en el contrato<sup>24</sup>. Pero de acuerdo con el artículo 20.1 LAU en su redacción dada por el Real Decreto Ley 7/2019 «los gastos de gestión inmobiliaria y de formalización del contrato serán a cargo del arrendador *cuando este sea persona jurídica*».

## V. LA CALIFICACIÓN REGISTRAL

Como consecuencia del principio de legalidad (art. 18 LH), el Registrador deberá comprobar «el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LAU para la validez de los actos inscribibles»<sup>25</sup>. Así, por ejemplo, deberá denegar la inscripción solicitada si el solicitante de la inscripción «no acredita que el subarriendo o la cesión se han llevado a cabo con el consentimiento del arrendador, para los casos en que la LAU obliga a obtenerlo (*cfr.* arts. 8 y 32 LAU), o que se han observado las notificaciones exigidas por la LAU para que las subrogaciones arrendaticias tengan lugar (en particular, *vid.* arts. 16.3.I y 33.II LAU)»<sup>26</sup>.

El registrador también deberá calificar la capacidad de los contratantes, teniendo presente si por su duración el arriendo inscrito es calificable como acto de mera administración o como acto de administración extraordinaria (equivalente a los actos de disposición)<sup>27</sup>. En este sentido deberá tener en cuenta artículos como el 166, 247 y 248, 287, 397 y 398, 1713, 1377 y otros del Código civil en redacción dada 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<sup>28</sup>.

El registrador deberá comprobar también el cumplimiento del requisito del tracto sucesivo (art. 20 LH), de manera que no podrá inscribirse el título arrendaticio si no consta previamente inscrito el título dominical del arrendador. Igualmente, «la inscripción del subarriendo, la cesión o la subrogación exige la previa constancia registral del arrendamiento afectado por esa vicisitud; la de la retrocesión solo es posible si está inscrita la cesión»<sup>29</sup>.

En este sentido se pronuncia la RDGRN 9970/2019, de 7 de junio de 2019. En el supuesto se trataba de la inscripción de una escritura de elevación a público de un documento privado de arrendamiento en el que se daba la circunstancia de que la parte arrendadora no era el titular registral actual, suspendiendo el registrador la inscripción y señalando como defecto que no comparece el titular registral de la finca arrendada, infringiendo los principios de legitimación y tracto sucesivo<sup>30</sup>.

También debe comprobarse por el registrador de la propiedad el cumplimiento del principio de especialidad. En este sentido se pronuncia la RDGRN 15938/2018, de 2 de noviembre de 2018 en relación a un pacto de prórroga en arrendamiento de local de negocio a favor de una sociedad según el cual concluido el periodo inicialmente pactado «el contrato se prorrogará por periodos sucesivos, salvo que ... [alguna de las partes] ... notifique de forma fehaciente al otro, con sesenta días de antelación ... a la fecha de terminación del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, su voluntad de no renovarlo». La DGRN consideró que este pacto no respetaba el principio de especialidad<sup>31</sup>.

La inscripción del arriendo (tras la calificación registral) producirá el efecto de cierre registral (art. 17 LH) respecto de otro título arrendaticio de fecha anterior incompatible con el inscrito. Pero no impedirá el acceso al Registro de la Propiedad de las transmisiones del dominio del arrendador de fecha anterior al arrendamiento o la constitución de derechos reales limitados por título de fecha anterior al arrendamiento o la anotación sobre la finca registral de embargos anteriores al contrato de arrendamiento<sup>32</sup>.

En cuanto a los pactos que deben acceder al Registro, es de interés para el tercer adquirente de la finca arrendada que figuren en el Registro «los pactos contractuales de mayor entidad (por ejemplo, cuantía de la renta, sistema de actualización, autorizaciones para obras o mejoras, etc.)», aunque tengan naturaleza personal *para que sean conocidos y oponibles a los terceros adquirentes*. Igualmente, considera la doctrina que a tales efectos deberían acceder al Registro «el desistimiento (arts. 11 y 12 LAU) o las consecuencias arrendaticias de las sentencias de separación, divorcio o nulidad matrimoniales (art. 15 LAU)» o las prórrogas del artículo 10 LAU que responden a «un acuerdo de voluntad tácito de las partes», así como las que «las partes hayan convenido para su entrada en juego una vez transcurridos los ocho primeros años desde la celebración del arriendo»<sup>33</sup>. También la tácita reconducción<sup>34</sup>.

## VI. LA FINCA SOBRE LA QUE RECAE EL ARRENDAMIENTO.

### 1. FINCA NO INMATRICULADA

Dado que la primera inscripción en el Registro de la Propiedad ha de ser una inscripción de dominio (art. 7.1 LH) y dado que el artículo 20 LH recoge el

principio de tracto sucesivo, el cual «es aplicable a todos los derechos, incluso los de crédito, que por producir efectos reales (efectos frente a terceros, como el arrendamiento) son inscribibles (art. 2 LH)»<sup>35</sup>, si la finca no estuviese inmatriculada cabe que el arrendatario haga uso del procedimiento previsto en el artículo 203.2 Ley Hipotecaria para lograr la previa inmatriculación de dominio del arrendador (art. 6 c) LH, según el cual está legitimado para promover la inscripción [primera de dominio] el que tenga interés en asegurar el derecho que se deba inscribir [o sea, el arrendatario]).

Señala VENTOSO ESCRIBANO que «una vez admitida su inscripción [la del arrendamiento] debemos entender aplicable la normativa general salvo en aquellos casos que pudieran ser incompatibles con la propia naturaleza del derecho, lo que no ocurre en nuestro caso, que se trata de una norma [la del art. 312 RH, hoy sustituida por el art. 203.2 LH] que intenta facilitar o posibilitar la inscripción en el supuesto concreto de no estar inscrita la finca. Ninguna cuestión sustancial o trascendente se pone en juego sino simplemente protege el derecho o interés de una persona, aquí del arrendatario, cuando estos dependen del propietario no inscrito.

De otro lado, debemos recordar que no estamos ante un precepto especial o de interpretación restrictiva sino todo lo contrario, ante una norma derivada de un principio general, la previa inscripción de un título para inscribir otro, y por esto encontramos supuestos amparados en el mismo criterio como el artículo 140 Reglamento Hipotecario para anotar un embargo cuyo criterio es de aplicación al resto de las anotaciones por virtud del último párrafo de ese artículo»<sup>36</sup>.

En términos similares, refiriéndose a la legitimación para instar el procedimiento del artículo 203.2 LH (procedimiento de inscripción de derecho real sobre finca no inmatriculada), señala GARCÍA GARCÍA que «está legitimado para instar o promover el procedimiento el titular del derecho real sobre finca ajena no inscrita, conforme al párrafo inicial del precepto, *pero parece que no habría inconveniente en incluir a los titulares de derechos inscribibles no reales que, como ellos, precisan de la previa inscripción del dominio para obtener la inscripción de su derecho, y por tanto, existe identidad de razón para aplicar la analogía*»<sup>37</sup>.

## 2. FINCA INMATRICULADA

### A) *Finca arrendada que coincide con la finca inscrita bajo folio registral independiente*

A este supuesto se refiere el artículo 3.1 Real Decreto 297/1996 que, aunque no lo señala, da por supuesto que hay coincidencia entre la finca inscrita y la finca arrendada (pues el caso de falta de coincidencia se regula en el artículo 3.2 Real Decreto 297/1996)<sup>38</sup>.

El artículo 3.1 Real Decreto 297/1996 indica que el notario en la escritura pública que documente el contrato de arrendamiento debe indicar entre otros extremos la superficie de la finca lo que «tiene una especial trascendencia por cuanto si el contrato es de vivienda y esta tiene una superficie superior a 300 m<sup>2</sup>, el régimen jurídico [previsto en la redacción originaria de la LAU y en la derivada del Real Decreto Ley 7/2019] será el que libremente se haya pactado, dado que no es de aplicación prioritaria el título II de la LAU»<sup>39</sup>.

Este dato es de gran interés para los terceros adquirentes de la vivienda arrendada (suntuaria) pues las partes han podido excluir por pacto la prórroga



legal del artículo 9 LAU o la tácita del artículo 10 LAU. En defecto de tal pacto, tales prórrogas sí serán aplicables (art. 4.2 LAU en redacción originaria y actual).

También es de gran interés el que conste en el título formal, como exige el artículo 4 Real Decreto 297/1996, la renta inicial del contrato pues aunque la superficie de la vivienda arrendada sea inferior o igual a 300 m<sup>2</sup>, si aquella en cómputo anual excede de 5,5 veces el salario mínimo interprofesional en cómputo anual, *siempre que el arrendamiento corresponda a la totalidad de la vivienda*, se considerará también vivienda suntuaria *ex* artículo 4.2 LAU, siendo de aplicación también en primer término la voluntad de las partes (art. 1255 CC) tanto para los arrendamientos sujetos a la redacción originaria de la LAU, como a los sujetos a la redacción vigente derivada del Real Decreto Ley 7/2019.

En cuanto a la cuota de participación de la vivienda o local en el edificio en régimen de propiedad horizontal solo será preciso hacerla constar en el título formal y en el asiento cuando se haya pactado que los gastos generales son de cuenta del arrendatario y dichos gastos sean los que correspondan a la finca en función de su cuota de participación (*vid.*, art. 20 LAU para el arrendamiento de vivienda y artículo 4.3 LAU para el arrendamiento para uso diverso de vivienda). Pues tal dato interesa también al tercer adquirente ya que, por un lado, le permite calcular el valor total del arrendamiento en el que se subroga y, por otro lado, la falta de pago de la renta o de cualquiera de las cantidades cuyo pago haya asumido o corresponda al arrendatario permite al arrendador resolver de pleno derecho el contrato (art. 27.2 LAU). Se trataría de una precisión exigida por el principio de especialidad (*arg. ex* art. 11 y 12 LH y 51.8.<sup>a</sup> RH).

Aunque el Real Decreto 297/1996 no menciona la necesidad de constancia de la referencia catastral en la escritura pública y en la inscripción, ello resulta del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante, *TRLCI*), aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo que en su artículo 38 señala que «la referencia catastral de los bienes inmuebles deberá figurar en los instrumentos públicos, mandamientos y resoluciones judiciales, expedientes y resoluciones administrativas y en los documentos donde consten los hechos, actos o negocios de trascendencia real relativos al dominio y demás derechos reales, *contratos de arrendamiento* o de cesión por cualquier título del uso del inmueble, contratos de suministro de energía eléctrica, proyectos técnicos o cualesquiera otros documentos relativos a los bienes inmuebles que se determinen reglamentariamente. *Asimismo, se hará constar en el Registro de la Propiedad, en los supuestos legalmente previstos*». Estando obligados a aportar la referencia catastral, ante el notario, los requirentes u otorgantes del documento notarial en el que conste el hecho, acto o negocio constituido sobre el inmueble de que se trate y ante el Registro de la Propiedad, quienes soliciten del registrador la práctica de un asiento registral relativo a bienes inmuebles (art. 39 *TRLCI*)<sup>40</sup>. Por su parte, el artículo 9.1.a) LH y 51.3.<sup>a</sup> RH se refieren a la constancia en la inscripción de la descripción de la finca mediante la referencia catastral.

*B) Finca arrendada que no coincide con la finca inscrita bajo folio registral independiente*

Señala el artículo 3.2 del Real Decreto 297/1996 que «si la finca arrendada no coincide con la que tiene abierto folio registral y *es una parte de ésta*, se describirá aquella con *la mismas circunstancias expresadas en el apartado anterior, pero no será necesario describir el resto del edificio o vivienda*».



Indicando en este sentido el artículo 6.2 del Real Decreto 297/1996 que «no será obstáculo para la inscripción del contrato la circunstancia de que la finca arrendada *no forme folio registral independiente en el Registro*, siempre que el edificio en su conjunto o la totalidad de la finca figuren inscritos a nombre del arrendador. *Bastará en este caso, sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal*, que la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada con expresión de su superficie, situación y linderos. *La inscripción se practicará entonces en el folio abierto para la totalidad del edificio o de la finca.*

No obstante, *cuando a juicio del Registrador, la claridad de los asientos así lo requiera, o cuando lo solicite el presentante, la inscripción del arrendamiento de parte de la finca registral se practicará en folio independiente, bajo el mismo número y el de orden correlativo que le corresponda. La apertura del nuevo folio se hará constar por nota de referencia al margen de la inscripción de dominio».*

La previsión del artículo 6.2 del Real Decreto 297/1996 permite inscribir los arriendos de parte de la vivienda inscrita siempre que la finca total de la que se arrienda una parte figure inscrita a nombre del arrendador ya que en otro caso «el principio de tracto sucesivo motivaría la suspensión o la denegación de la inscripción». Igualmente, el arrendamiento de una parte de un edificio que no esté dividido horizontalmente (p.e., el edificio pertenece en copropiedad ordinaria a varios titulares que arriendan uno o varios pisos o locales) o el arrendamiento de parte de un local<sup>41</sup>.

*Como señalan MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN si la previsión del artículo 6.2 del Real Decreto 297/1996 no existiera «la aplicación de las normas generales conduciría a denegar la inscripción del arrendamiento, en mérito del principio de especialidad. ... Seguramente también en el nuevo folio [abierto en su caso para la inscripción del arrendamiento] habrá de hacerse alguna referencia al folio donde consta inscrito el dominio»<sup>42</sup>.*

En todo caso «el precepto no impide que el titular de la finca registral la segregue, o la divida en propiedad horizontal, antes de la inscripción del arriendo»<sup>43</sup>.

## VII. ASIENTOS A PRACTICAR EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

### 1. ASIENTO DE INSCRIPCIÓN

Tanto la registración inicial del contrato de arrendamiento como la de sus modificaciones subjetivas y objetivas (arts. 4 y 5 Real Decreto 297/1996) se verifican mediante asiento de inscripción, no de anotación preventiva, y en virtud de titulación pública (art. 3 LH)<sup>44</sup>.

Para inscribir las modificaciones subjetivas u objetivas deberá constar previamente inscrito el contrato de arrendamiento por exigencias del tracto sucesivo; principio hipotecario aplicable, como hemos explicado antes, pese a que el arrendamiento sea un derecho personal. Aplicación que también se deduce del artículo 5 del Real Decreto 297/1996 según el cual *«los títulos señalados en el artículo 2 permitirán la inscripción en el Registro de la Propiedad de... cualesquiera... modificaciones de los arrendamientos inscritos».*

### 2. ASIENTO DE CANCELACIÓN

En caso de extinción del contrato de arrendamiento procede practicar un asiento de cancelación. En este sentido, el artículo 7 del Real Decreto 297/1996 señala:

«1. Conforme a lo dispuesto en el artículo 353, apartado 3, del Reglamento Hipotecario, se cancelarán de oficio por el Registrador de la Propiedad las inscripciones de los arrendamientos urbanos de duración inferior a cinco años, cuando hayan transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de este.

2. Por el mismo procedimiento se cancelarán de oficio las inscripciones de los demás arrendamientos urbanos, una vez que haya transcurrido el plazo pactado y no conste en el Registro la prórroga del contrato.

3. La copia del acta notarial por la que el arrendatario notifica al arrendador su voluntad de no renovar el contrato, en los casos comprendidos en el párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994, será título suficiente para la cancelación del arrendamiento.

4. Del mismo modo podrá cancelarse la inscripción en los supuestos comprendidos en dicho párrafo primero del artículo 10 de la Ley 29/1994, mediante la presentación de la copia del acta notarial por la que el arrendador notifique al arrendatario su voluntad de no renovar el contrato, siempre que la notificación se haya hecho en tiempo oportuno y personalmente por el Notario en la forma prevenida por el artículo 202 del Reglamento Notarial».

El precepto se refiere a la redacción inicial de la LAU, lo que exige las debidas adaptaciones en relación con las diversas versiones de la misma.

El párrafo primero se refiere al arrendamiento de vivienda. El párrafo segundo, se refiere tanto a los arrendamientos urbanos de vivienda por plazo pactado superior a cinco años como a los arrendamientos para uso diverso de vivienda (que no están sujetos a prórroga legal)<sup>45</sup>.

Según MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, «esos “demás arrendamientos” contemplados por [el art. 7.2 del Real Decreto 297/1996] son tanto los arrendamientos para uso distinto de vivienda como los arrendamientos de vivienda pactados por una duración de cinco años superior. Respecto de estos, el precepto parte de la creencia... de que los arrendamientos de vivienda con una duración inicial pactada de cinco años o superior no se benefician de la prórroga prevista en el artículo 10 LAU, por lo que, transcurrido el plazo pactado, y siempre que no conste en el Registro ninguna prórroga (que de haberla, por fuerza sería convencional), se permite la cancelación de oficio del arrendamiento. Lo que no significa que necesariamente el arriendo esté materialmente extinguido, pues cabe perfectamente que, aun cancelado, subsista al amparo de una o varias tácitas reconducciones (cfr. art. 97 LH)»<sup>46</sup>.

En cuanto al artículo 353.3 RH, en el momento de publicarse el Real Decreto 297/1996 indicaba:

«Las menciones, derechos personales, legados, anotaciones preventivas, inscripciones de hipotecas o cualesquiera otros derechos que deban cancelarse o hayan caducado con arreglo a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria, no se comprenderán en la certificación.

A este efecto, se entenderá también solicitada la cancelación que proceda por el solo hecho de pedirse la certificación, y se practicará mediante extensión de la correspondiente nota marginal cancelatoria, antes de expedirse aquélla. Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado...».

En su versión posterior, actualmente vigente el precepto añade: «... Del mismo modo podrá procederse cuando se practique cualquier asiento relativo a la finca o derecho afectado. Si la solicitud de certificación se realiza por quien no

*es titular de la finca o derecho, o cuando el asiento a practicar no sea de inscripción, el Registrador advertirá al solicitante o presentante antes del despacho de la certificación o de practicar el asiento que éstos darán lugar a la cancelación de las cargas caducadas conforme a lo dispuesto en este artículo».*

Se trata, pues, de una cancelación de oficio en el momento de expedir una certificación o bien en el momento de practicarse un asiento relativo a la finca arrendada o al derecho de arriendo, que se practica mediante nota marginal cancelatoria. P.e., en el momento de inscribir la compraventa del inmueble o de inscribir la constitución de una hipoteca o de inscribir una prórroga convencional cuando, según Registro, el arrendamiento ya está extinguido pues el documento relativo a la prórroga convencional se presenta una vez cumplidos los presupuestos para la cancelación indicados en el artículo 7.1 y 2 del Real Decreto 297/1996 (lo que conduce a la conclusión de que la solicitud de inscripción de la prórroga convencional debe producirse durante la vigencia registral del contrato de arrendamiento)<sup>47</sup>.

Otra forma de cancelación es a instancia de parte interesada. En este caso basta presentar la copia del acta notarial por la que el arrendatario notifique al arrendador su voluntad de no renovar el contrato (conforme a lo previsto en el art. 9 y 10 LAU). O bien mediante presentación de la copia del acta notarial por la que el arrendador notifique al arrendatario su voluntad contraria a la prórroga tácita siempre que la notificación se haya hecho en tiempo oportuno y *personalmente* por el notario en la forma prevenida por el artículo 202 RN<sup>48, 49</sup>.

Aunque la exigencia de que la notificación se haga en tiempo oportuno se contiene solo en el apartado 4 del artículo 7 del Real Decreto 297/1996 respecto de la notificación hecha por el arrendador al arrendatario, «es igualmente aplicable cuando la notificación la hace este a aquél, pues también en este caso el artículo 10.I LAU reclama que la manifestación de no renovar sea realizada tempestivamente para surtir los efectos que le son propios. El Registrador puede denegar la práctica del asiento cancelatorio si de la documentación aportada se desprende el incumplimiento del plazo de preaviso en la notificación de esa voluntad de no renovar»<sup>50</sup>.

En cuanto a que la notificación del arrendador al arrendatario debe ser hecha *personalmente* por el notario, de acuerdo con lo previsto en el artículo 7.4 del Real Decreto 297/1996, el notario deberá intentar la notificación personal regulada en el artículo 202 del Reglamento Notarial y solo en caso infructuoso podría recurrir al procedimiento de remisión por correo certificado con acuse de recibo, de manera que si el notario acude personalmente al domicilio del arrendatario (vivienda arrendada) «y la persona que allí se encuentra se resiste a la entrega de la cédula, si luego remite la cédula por correo y esta es recogida por el interesado o rehúsa la entrega debemos entender que se cumple con la normativa, ya que no se puede pedir imposibles o imponer cargas en exceso gravosas cuando tal exceso procede de la otra parte»<sup>51</sup>. Esta es la opinión de VENTOSO ESCRIBANO pero no así la de MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN quienes consideran que «están *registralmente* vedadas otras formas de comunicación de dicha voluntad al arrendatario, *aunque cuenten con la intervención notarial*» si bien dichas formas de comunicación despliegan sus efectos fuera del procedimiento registral impidiendo que el contrato entre en el periodo de prórroga tácita del artículo 10.1 LAU<sup>52</sup>.

En relación con la redacción de la LAU de acuerdo con la Ley 4/2013 hay que señalar que los artículos 9 y 10 de la LAU fijan una prórroga legal de tres años y una tácita de un año, por lo que de acuerdo con el artículo 7.1 Real Decreto 297/1996, *la inscripción del contrato de duración inferior a tres años, celebrado*

desde el 6 de junio de 2013 (fecha de entrada en vigor de la Ley 4/2013) hasta el 18 de diciembre de 2018 y entre el 24 de enero de 2019 y el 5 de marzo de 2019, *se cancelará de oficio por el registrador de la propiedad de conformidad con el artículo 353.3 RH cuando hayan transcurrido cuatro años desde la fecha inicial del contrato y no conste la prórroga convencional de este*<sup>53</sup>.

A la misma conclusión cabe llegar examinando el artículo 10.2 de la LAU en su versión de 2013 pues indica dicho precepto que *«una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de un año a que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria»*, de lo cual cabría deducir (en relación con el art. 10.1 LAU) que *será preciso esperar un año más desde el vencimiento del contrato para poder cancelar de oficio el asiento que publica el contrato de arrendamiento pactado por periodo inferior a tres años*. Es decir, al solicitarse la inscripción de la compraventa por el tercer adquirente, el registrador no podrá cancelar de oficio el arrendamiento si la compra se ha verificado durante ese año de posible prórroga tácita, *ni tan siquiera si con arreglo al artículo 25.5 de la LAU el vendedor ha manifestado en la escritura de venta, so pena de falsedad en documento público, que la vivienda no está arrendada*. Cuestión diversa es que la cancelación se inste por parte interesada con arreglo al artículo 7.3 y 7.4 del Real Decreto 297/1996, acreditando ante el Registro de la Propiedad la voluntad de no renovación manifestada en plazo y en la forma indicada en dichos preceptos<sup>54</sup>.

Si el contrato de arrendamiento de vivienda se pactó en esos lapsos de tiempo por plazo superior a 3 años o se tratase de arrendamiento para uso diverso de vivienda, según el artículo 7.2 del Real Decreto 297/1996, una vez transcurrido el plazo pactado y siempre que no constase prórroga convencional inscrita en el Registro, cabría practicar la cancelación de oficio.

Idénticas consideraciones procede hacer en relación con la redacción dada a la LAU por el Real Decreto Ley 21/2018, que fija como prórroga legal un plazo de cinco años (o siete años para el caso de arrendador persona jurídica) y un periodo de prórroga tácita de tres años<sup>55</sup>.

En cuanto al Real Decreto Ley 7/2019, da origen a la actual redacción de la LAU. De acuerdo con el artículo 9.1 de esta *«la duración del arrendamiento será libremente pactada por las partes. Si esta fuera inferior a cinco años, o inferior a siete años si el arrendador fuese persona jurídica, llegado el día del vencimiento del contrato, este se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta que el arrendamiento alcance una duración mínima de cinco años, o de siete años si el arrendador fuese persona jurídica, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador, con treinta días de antelación como mínimo a la fecha de terminación del contrato o de cualquiera de las prórrogas, su voluntad de no renovarlo»*. Y según el artículo 10.1 *«si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con cuatro meses de antelación a aquella fecha en el caso del arrendador y al menos con dos meses de antelación en el caso del arrendatario, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará obligatoriamente por plazos anuales hasta un máximo de tres años más, salvo que el arrendatario manifieste al arrendador con un mes de antelación a la fecha de terminación de cualquiera de las anualidades su voluntad de no renovar el contrato»*.

De acuerdo con esta nueva redacción de la LAU, la cancelación de oficio con arreglo al artículo 7.1 Real Decreto 297/1996 procedería, para los arriendos pactados con persona física por plazo inferior a cinco años y con persona jurídica,

por plazo inferior a siete años, una vez transcurridos 8 años y 10 años respectivamente desde la fecha inicial del contrato siempre que no conste registralmente la prórroga convencional<sup>56</sup>.

Si el arrendamiento de vivienda se pactó por plazo inicial superior a los cinco o siete años o se trata de arrendamiento para uso diverso de vivienda, cabría la cancelación de oficio de la inscripción una vez transcurrido el plazo pactado (siempre que no constase registralmente la prórroga convencional del contrato).

En todo caso, con arreglo a lo previsto en el artículo 7.3 y 7.4 del Real Decreto 297/1996 cabría la cancelación a instancia de parte mediante acta notarial de notificación siempre que se manifestase la voluntad de no renovación por el arrendatario conforme al artículo 9.1 y 10.1 de la LAU o por el arrendador conforme al artículo 10.1 LAU.

Hay que tener en cuenta que si bien el artículo 7.1 y 7.2 Real Decreto 297/1996 «se refieren a un supuesto concreto cual es el de la cancelación de oficio por transcurso de un plazo al que el Real Decreto aplica la técnica del artículo 353.3 RH» y que si bien los artículos 7.3 y 7.4 del Real Decreto 297/1996 «atañen, también, a un caso específico: voluntad de no renovar» quedan «fuera de esta precepto todos los demás casos [de extinción del arrendamiento]: extinción por resolución judicial, voluntad de no renovar en los casos del artículo 9, desistimiento, mutuo acuerdo, etc».<sup>57</sup>.

Si bien en el caso de voluntad de no renovación del artículo 9 LAU cabe aplicar la solución del artículo 7.3 Real Decreto 297/1996 (e igualmente en el caso del desistimiento), cabe que se quiera cancelar por el propietario el arrendamiento inscrito por haberse extinguido en la realidad jurídica extrarregistral y, sin embargo, no se disponga del documento público a que se refiere el artículo 7.3 del Real Decreto 297/1996 por no encontrarse en ninguno de los supuestos subsumibles en el mismo.

En estos casos hay que tener presente que de acuerdo con el artículo 82.1 LH las inscripciones hechas en virtud de escritura pública «no se cancelarán sino por sentencia contra la cual no se halle pendiente recurso de casación, o por otra escritura o documento auténtico, en el cual preste su consentimiento para la cancelación la persona a cuyo favor se hubiere hecho la inscripción o anotación, o sus causahabientes o representantes legítimos», de modo que el mutuo disenso, por ejemplo, podría dar lugar a una nueva escritura que si no es otorgada voluntariamente podría obtenerse por la vía del artículo 1279 del Código civil y 37 LAU a *sensu contrario*. En cuanto a la sentencia que declare extinguido el arriendo por las causas del artículo 27 LAU también permitirá la cancelación de la inscripción del arrendamiento<sup>58</sup>.

En cuanto al artículo 82.3 LH señala que «*si constituida la inscripción o anotación por escritura pública, procediere su cancelación y no consintiere en ella aquel a quien esta perjudique, podrá el otro interesado exigirla en juicio ordinario*». De manera que si el arrendatario no otorgase el correspondiente documento público según el artículo 7.3 del Real Decreto 297/1996 u otro que procediere, se le podría exigir en juicio ordinario. Así, por ejemplo, si el arriendo se extingue porque se extingue por completo el inmueble objeto de la inscripción del arriendo, con arreglo a los artículos 79.1.º LH y 28.a) LAU, y el arrendatario no se aviene a otorgar escritura de cancelación del arriendo, podrá exigírsele el otorgamiento de tal escritura en juicio ordinario.

Por su parte, la Resolución de la DGRN de 19 de octubre de 2015 (1.º) ha previsto la posibilidad de que para la cancelación de la carga modal de un legado, se obtenga una resolución judicial «*a través de un expediente de jurisdicción voluntaria* ante el Juez de Primera Instancia del lugar en que radique la finca en virtud

del artículo 2, último párrafo, de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, porque alude a supuestos de «extinción de derechos subjetivos»<sup>59</sup>.

Nos parece, sin embargo que los expedientes a que se refiere este precepto que puedan deparar actos de disposición, creación o extinción de derechos subjetivos son los regulados en el Capítulo VIII de la Ley 15/2015 «*De la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con la capacidad modificada judicialmente*». De este modo, el artículo 65.4 de la Ley 15/2015 señala: «Si se autorizare la realización de algún acto de gravamen sobre bienes o derechos que pertenezcan al menor o persona con discapacidad o la extinción de derechos reales a ellos pertenecientes, se ordenará seguir las mismas formalidades establecidas para la venta, con exclusión de la subasta».

Por otro lado, aunque el artículo 210 de la Ley Hipotecaria se refiere a la tramitación del expediente de liberación de cargas y gravámenes para la cancelación registral de derechos que hayan quedado legalmente extinguidos por prescripción, caducidad o no uso, entiendo que en una interpretación extensiva, también cabría utilizar este procedimiento para cancelar el derecho de arrendamiento que no es utilizado por el arrendatario porque ha desistido del mismo (art. 11 LAU), ha manifestado su voluntad contraria a la prórroga legal (art. 9.1 LAU), etc. Hay que tener en cuenta que el arrendamiento es un derecho poseíble al ser un derecho privado patrimonial susceptible de ejercicio reiterado<sup>60</sup>, por lo que cabe hablar en sentido *lato* de no uso como sinónimo de no utilización del mismo *porque el arriendo ya se ha extinguido por otra causa distinta del no uso*.

En todo caso, es posible que un arrendamiento inscrito y que es cancelado realmente continúe existiendo en la realidad jurídica extrarregistral<sup>61</sup>.

Una causa especialmente regulada de cancelación de la inscripción del arriendo es la introducida por la Ley 4/2013 en el artículo 27.4 de la LAU, según el cual «tratándose de arrendamientos de finca urbana inscritos en el Registro de la Propiedad, si se hubiera estipulado en el contrato que el arrendamiento quedará resuelto por falta de pago de la renta y que deberá en tal caso restituirse inmediatamente el inmueble al arrendador, la resolución tendrá lugar de pleno derecho una vez el arrendador haya requerido judicial o notarialmente al arrendatario en el domicilio designado al efecto en la inscripción, instándole al pago o cumplimiento, y este no haya contestado al requerimiento en los diez días hábiles siguientes, o conteste aceptando la resolución de pleno derecho, todo ello por medio del mismo juez o notario que hizo el requerimiento».

El título aportado al procedimiento registral, junto con la copia del acta de requerimiento, de la que resulte la notificación y que no se haya contestado por el requerido de pago o que se haya contestado aceptando la resolución de pleno derecho, será título suficiente para practicar la cancelación del arrendamiento en el Registro de la Propiedad.

Si hubiera cargas posteriores que recaigan sobre el arrendamiento, será además preciso para su cancelación justificar la notificación fehaciente a los titulares de las mismas, en el domicilio que obre en el Registro, y acreditar la consignación a su favor ante el mismo notario, de la fianza prestada por el arrendatario».

## VIII. CONCLUSIONES

I. El Real Decreto Ley 297/1996 se aplica *directamente* a los arrendamientos de vivienda y para uso distinto de vivienda sujetos a la LAU que se cele-



bren a partir del 1 de enero de 1995, no abarcando su ámbito de aplicación los arrendamientos rústicos, los arrendamientos urbanos sujetos al Código civil, los arrendamientos urbanos anteriores al 1 de enero de 1995 sujetos a la legislación especial arrendaticia, ni los arrendamientos excluidos del ámbito de aplicación de la LAU aunque se celebrasen después del 1 de enero de 1995.

II. El título material inscribible en el Registro de la Propiedad es el contrato de arrendamiento urbano por disposición expresa de la ley y como excepción a la regla general, dotando la inscripción *al derecho arrendaticio* (publicado por el Registro) de una eficacia u oponibilidad *erga omnes*.

III. El título formal para la inscripción es la escritura pública pero también una resolución judicial o un documento administrativo o un laudo arbitral. Dichos títulos formales permiten la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arriendos, subarriendos, cesiones, subrogaciones, prórrogas y cualesquiera otras modificaciones de los arrendamientos inscritos.

IV. El contrato de arrendamiento debe ser objeto de calificación registral, comprobando el registrador el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LAU para la validez de los actos inscribibles, la capacidad de los otorgantes, el cumplimiento del tracto sucesivo y del principio de especialidad.

V. Si la finca arrendada no está inmatriculada, el arrendatario puede utilizar el procedimiento del artículo 203.2 LH para lograr la previa inmatriculación del inmueble y de este modo inscribir el contrato de arrendamiento.

VI. Si la finca arrendada *no forma folio registral independiente en el Registro*, siempre que la totalidad de la finca figure inscrita a nombre del arrendador y la finca arrendada haya quedado suficientemente delimitada podrá practicarse la inscripción del contrato en el folio abierto a la totalidad del inmueble *sin necesidad de segregación o de constitución previa de la propiedad horizontal*.

VII. Para la cancelación del arrendamiento inscrito, aparte de los medios indicados en el Real Decreto 297/1996, podrán emplearse los medios previstos en la Ley Hipotecaria, entre ellos, el expediente de liberación de cargas y gravámenes.

#### IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS:

- STC de 20 de marzo de 1988
  
- STS de 6 de junio de 1988
- STS de 9 de septiembre de 2009
- STS de 14 de julio de 2010
- STS de 17 de noviembre de 2011
- STS de 12 de marzo de 2015
- STS de 8 de junio de 2015
- STS de 8 de julio de 2015
- STS de 14 de noviembre de 2021
  
- RDGRN de 28 de febrero de 1977
- RDGRN de 3 de marzo de 2004
- RDGRN de 5 de agosto de 2014
- RDGRN de 19 de octubre de 2015 (1.<sup>a</sup>)
- RDGRN de 16 de diciembre de 2015
- RDGRN de 10 de abril de 2017
- RDGRN de 23 de octubre de 2017



- RDGRN de 2 de noviembre de 2018
- RDGRN de 7 de junio de 2019

## X. BIBLIOGRAFÍA

- ACHÓN BRUÑEN, M.<sup>a</sup> J. (2014). La duración de los contratos de arrendamiento de vivienda y el régimen de prórroga forzosa tras la Ley 4/2013. *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal, civil y mercantil*, núm. 109.
- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- (2016). *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*. Madrid: Edisofer.
- CAMPO VILLEGA y ÁVILA NAVARRO (1996). Inscripción y cancelación de arrendamientos urbanos. *Sepín*, núm. 159.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (2016). *La finca registral y el Catastro*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- GIMENO y GÓMEZ-LAFUENTE (1996). Los arrendamientos urbanos y el Registro de la Propiedad. En A. Ventoso Escribano (dir.). *Nueva Ley de Arrendamientos Urbanos, Seminario UIMP*, Madrid: Civitas.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2010). La importancia de la inscripción en el Registro de los Arrendamientos Urbanos sometidos al Código civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 717, 312-320.
- DE LA IGLESIA PRADOS, E. (2013). La reforma en la regulación del contrato de arrendamiento urbano de vivienda de junio de 2013. *Actualidad Civil*, núm. 11.
- LOSCERTALES FUERTES, D. (2014). Las inconsecuencias de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los arrendamientos urbanos. *La Notaría*, núm. 1, 85-86.
- MANZANO FERNÁNDEZ, M.<sup>a</sup> del M. (1996). La inscripción de los contratos de arrendamiento en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 637, 2117-2158.
- MARTÍ MARTÍ, J. (2014). La eficacia de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos tras la Ley 4/2013 (de 4 de junio de medidas de flexibilización). *Práctica de Tribunales: revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm., 109.
- MARÍN LÓPEZ, J.J. y COLÁS ESCANDON, A.M.<sup>a</sup> (2020). Disposición adicional segunda. Modificación de la Ley Hipotecaria. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Arrendamientos Urbanos*. Cizur Menor (Navarra): Editorial Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (1995). *La protección del arrendamiento urbano*. Madrid: Civitas.
- POVEDA BERNAL, M.I. (1997). *La inscripción del derecho de arrendamiento en el Registro de la Propiedad*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- PRADA ÁLVAREZ-BUYLLA (1999). La inscripción de los arrendamientos urbanos. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 46 (2.<sup>a</sup> época).
- DE LA TORRE OLID, F. (1996). Análisis del Real Decreto 297/1996, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de Contratos de Arrendamientos Urbanos. *Revista General de Derecho*, núm. 624, 9657-9686.
- VENTOSO ESCRIBANO, A. (2001). Inscripción de los arrendamientos urbanos: Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero. En L. Martínez-Calcerrada y Gómez (coord.). *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, Vol. 2, 2217-2244.

NOTAS

<sup>1</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2218-9.

<sup>2</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2220-2221. Como señalan MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN «la nueva redacción del artículo 2.5 LH facilita extraordinariamente la inscribibilidad de los arrendamientos. No solo de los urbanos sometidos a la LAU (el apartado primero de la disposición adicional segunda de la LAU no hace distinciones) sino de todos los arrendamientos de inmuebles» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1099).

<sup>3</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2221-2223.

<sup>4</sup> Señalan en este sentido MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN que «el ámbito de aplicación del reglamento comprende “exclusivamente” los arrendamientos urbanos celebrados “a partir del 1 de enero de 1995” (art. 1 del Real Decreto 297/1996). Ello significa que la inscripción de los restantes arrendamientos (p.e., los rústicos) habrá de practicarse con arreglo a la normativa general, sin que resulte aplicable la normativa dictada en desarrollo de la LAU. Son arrendamientos “urbanos” a los efectos del artículo 1 del Real Decreto 297/1996 los sometidos a la LAU, pero no aquellos otros que, aun teniendo por objeto una finca urbana, están excluidos del ámbito de aplicación de la Ley 29/1994. Pese a que el reglamento no es suficientemente explícito en este punto, el hecho de que constituya un desarrollo de la LAU permite entender que los únicos arrendamientos urbanos que se benefician del peculiar régimen instaurado por el Real Decreto 297/1996 son los sujetos a la norma desarrollada. Con arreglo a este criterio, por tanto, no estará sujeta al Real Decreto 297/1996 la inscripción de los arrendamientos mencionados en el artículo 5 LAU. No se someten al Real Decreto 297/1996 los arrendamientos urbanos que se celebraron antes del día 1 de enero de 1995, fecha de entrada en vigor de la LAU (cfr., disposición final segunda LAU), incluso si se trata de contratos pertenecientes al dominio de la legislación especial sobre arrendamientos urbanos vigente a la sazón (o sea, la LAU 1964). El artículo 1 del reglamento es inequívoco en este aspecto» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1119). También quedan excluidos de la aplicación de este Real Decreto 297/1996 los arrendamientos de plazas de garaje, los cuales se sujetan al Código civil, como ha puesto de manifiesto la RDGRN de 3 de marzo de 2004. Así ha indicado: «El único problema que plantea el presente recurso es el de dilucidar si el arrendamiento de plazas de garaje o aparcamiento está o no sujeto a la Ley de Arrendamientos Urbanos, ya que, vendiéndose determinadas plazas de garaje que se afirma están arrendadas, la registradora estima que es necesaria la notificación de la venta a los arrendatarios al efecto de que estos ejerciten el derecho de retracto contemplado en dicha Ley. La Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 limitaba su objeto a la división entre viviendas y locales de negocio (cfr. su artículo 1.1), por lo que la jurisprudencia entendió que los arrendamientos de plazas de garaje o aparcamiento no se hallaban sujetos a dicha Ley, pues no podían incluirse en ninguno de los grupos de dicha clasificación bimembre. Por el contrario, la Ley actualmente vigente, al determinar su ámbito de aplicación (art. 1) sustituye dicha clasificación por la de arrendamiento de vivienda y el que tiene por objeto usos distintos del de vivienda. Como consecuencia de ello, la doctrina no es concorde en el tema de si a los arrendamientos de plazas de aparcamiento se aplica la Ley de Arrendamientos Urbanos, o, por no aplicarse la misma, se rige por las normas generales del Código civil. Una primera corriente doctrinal entiende que el arrendamiento de plazas de aparcamiento está incluido en los arrendamientos para uso distinto de vivienda regulados en la Ley, por entender que la clasificación del artículo 1 es omnicompreensiva. Ahora bien, incluso dentro de esta tesis, puesto que para que exista arrendamiento urbano el artículo 2 de la misma Ley exige que se trate de una edificación, se precisa que la plaza de aparcamiento constituya una edificación, lo que traería como consecuencia que tal tipo de arrendamiento estaría sujeto a la Ley si está situado en un conjunto edificado, o se halla él mismo edificado y se regiría por el Código civil si estuviera al aire libre, lo cual, si bien parece propiciado por los términos literales de la Ley, lleva a conclusiones absurdas, puesto que habría que distinguir: arrendamientos de plazas que sean accesorios del arrendamiento de una vivienda, que se regirían por las normas del arrendamiento de vivienda, los de plazas sitas dentro de una construcción, o construidas ellas mismas y no accesorias del arrendamiento de una vivienda, que se regirían por las normas del arrendamiento distinto de vivienda, y los arrendamientos dentro de un solar o terreno no

construido, que se registrarían por el Código civil. Por ello, debe concluirse que el arrendamiento de plazas de garaje no está sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, salvo en el caso de que el arrendamiento de la plaza sea accesorio del de la vivienda, y ello porque, a los efectos de la misma debe considerarse que tales plazas de garaje no constituyen edificación ya que en ellas la edificación es algo accesorio, siendo lo esencial la posibilidad de guardar un vehículo; tales plazas de aparcamiento no se hallan enumeradas en los supuestos de arrendamiento para uso distinto de vivienda a que se refiere el artículo 3. 2 de la Ley —siquiera esta enumeración sea ejemplificativa—, ni en la exposición de motivos de la Ley cuando dice (apartado 3) que “la Ley abandona la distinción tradicional entre arrendamientos de vivienda y arrendamientos de locales de negocio y asimilados para diferenciar entre arrendamientos de vivienda, que son aquellos dedicados a satisfacer la necesidad de vivienda permanente del arrendatario, su cónyuge o sus hijos dependientes, y arrendamientos para usos distintos al de vivienda, categoría esta que engloba los arrendamientos de segunda residencia, los de temporada, los tradicionales de local de negocio y los asimilados a estos”.

<sup>5</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1118.

<sup>6</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1120.

<sup>7</sup> Disposición final segunda Ley 4/2013. Adaptación del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos. «En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno adaptará la regulación contenida en el Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los contratos de arrendamientos urbanos, a las previsiones de la misma, en especial en lo concerniente a las condiciones de cancelación de la inscripción de los arrendamientos y a la modificación de los aranceles notariales y registrales aplicables».

<sup>8</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 67-68.

<sup>9</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 68.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 68 y 72.

<sup>11</sup> Señalan ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL que «el tercero hipotecario es un tercer adquirente por negocio jurídico de un derecho real inmobiliario inscrito. Adquirir por negocio jurídico es circunstancia común que asimila al tercero hipotecario con el tercer adquirente civil o general, pero aquel solo puede ser un adquirente de derecho real inmobiliario inscrito y, por tanto, relativo a finca inmatriculada en el Registro, mientras que el segundo es indiferente que lo que adquiera sea un derecho real inmobiliario inscrito o no inscrito, o un bien mueble o un derecho personal o de crédito» (ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, 1995, 305-306).

<sup>12</sup> Pero *vid.*, PAU PEDRÓN, 1995, 85-118. Para PAU PEDRÓN «la fe pública protege... al titular del arrendamiento, y lo hace frente a los títulos no inscritos, y frente a las causas de resolución o de nulidad del derecho del constituyente, que tampoco consten en el Registro. Naturalmente, ha de reunir... en ambos casos, los requisitos enumerados en el artículo 34 LH» (PAU PEDRÓN, 1995, 116). Sobre que la inscripción arrendaticia no protege al arrendatario con la fe pública registral *vid.*, POVEDA BERNAL, 1997, 492-498.

<sup>13</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1101-1102.

<sup>14</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 73.

<sup>15</sup> Artículo 215 Reglamento Notarial. «Los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que tal protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y solo a los efectos del artículo 1227 del Código civil. Cuando no sean materia de acto o contrato se podrán protocolizar mediante acta a los efectos que manifiesten los interesados. Los documentos privados sujetos al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y al Impuesto de Sucesiones y Donaciones, no podrán ser objeto de acta de protocolización si no consta en ellos la nota que corresponda de la Oficina liquidadora o entidad bancaria colaboradora».

<sup>16</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2230.

<sup>17</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2230. En este sentido se ha indicado que «la disposición adicional segunda de la LAU no ha modificado el artículo 3 LH, donde se especifican

las formas documentales de los títulos que han de acceder al Registro de la Propiedad, lo que significa que el título inscribible debe constar en documento público, judicial o administrativo. Dejando al margen los supuestos excepcionales de arrendamientos documentados en resolución judicial (v. gr. la sentencia que declara la existencia de un arrendamiento cuando el objeto de la controversia haya sido precisamente ese extremo) o los derechos arrendaticios inscribibles documentados en una forma administrativa (así el ... título «administrativo» a que alude, para la inscripción del derecho de retorno, el artículo 15 RH), lo más común es que los arrendamientos que accedan al Registro lo hagan bajo la forma de documento público notarial» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1107). También son título inscribible «los laudos arbitrales dictados en materia de arrendamientos urbanos sometidos a la LAU. Ello es así pese a no estar explícitamente mencionados en el artículo 2 del Real Decreto 297/1996, ni tampoco en los artículos 3 LH y 33 RH (aunque sí en el artículo 38 RH, con referencia a los “dados en el extranjero”). El régimen de titulación de los laudos inscribibles es el ordinario, ya que no existe ninguna previsión en contra. Así, los únicos laudos inscribibles son los protocolizados notarialmente» (art. 37.8 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1121).

<sup>18</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1121.

<sup>19</sup> Cfr., MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1121.

<sup>20</sup> En relación con el artículo 3.1 señalan MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN que «en el supuesto de elevación a público de un documento privado de arrendamiento, el notario debe cuidar de que todos los datos [señalados en dicho precepto] figuren en la escritura (en el mismo sentido, artículo 173 RN). La omisión de alguno de ellos es causa bastante para que el registrador deniegue la inscripción; el defecto será subsanable en la mayoría de los casos» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1122).

<sup>21</sup> Los datos enumerados en el artículo 4 deben constar también en los títulos formales inscribibles que no son una escritura pública (sentencia, laudo...) (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1123).

<sup>22</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2230-2231; SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 116. Artículo 21.1 Ley Hipotecaria: «Los documentos relativos a contratos o actos que deban inscribirse expresarán, por lo menos, todas 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».

<sup>23</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2231-2232. Cfr., SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 113 y MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1109, nota 40.

<sup>24</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1113.

<sup>25</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1102.

<sup>26</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1102, nota 20. Sobre los requisitos que han de concurrir para poder inscribir el subarriendo, la cesión de contrato, la subrogación *mortis causa*, así como otras modificaciones del contrato de arrendamiento, vid., MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1124-1126.

<sup>27</sup> ALBALADEJO, 2002, 581-582.

<sup>28</sup> Vid., MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1102-1105.

<sup>29</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1106.

<sup>30</sup> Señala la DGRN, con cita de la RDGRN de 10 de abril de 2017 que «estando la finca transmitida, inscrita 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 (arts. 2 y 17 de la Ley Hipotecaria). Sólo con las mencionadas cautelas puede garantizarse el adecuado desenvolvimiento del principio constitucional de la protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos y de la interdicción de la indefensión, con base en el artículo 24 de la Constitución, una de cuyas manifestaciones tiene lugar en el ámbito hipotecario a través de los reseñados principios de salvaguardia judicial de los asientos registrales, tracto sucesivo y legitimación. En consecuencia, estando inscrito el dominio a nombre de persona distinta del transmitente, no cabe acceder a la inscripción mientras no se presenten los títulos oportunos que acrediten las distintas transmisiones efectuadas, o se acuda a alguno de los medios que permite la Ley Hipotecaria

para reanudar el tracto sucesivo interrumpido (*cf.* art. 208)». Aplicando esta doctrina al supuesto enjuiciado, señala la DGRN que «la necesidad de tracto sucesivo requiere que la escritura de elevación a público del referido documento privado de arrendamiento sea otorgada por todos los intervinientes, arrendador y arrendatario. Es imprescindible una verdadera escritura de elevación a público del documento privado, que tiene no solo un contenido confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto arrendaticio cuestionado, de modo que garantiza la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de acudir, en su caso, al expediente para la reanudación del tracto interrumpido (*vid.* art. 40 LH). En consecuencia... es necesario que comparezca el actual titular registral de la finca ratificando la elevación a público del contrato de arrendamiento».

<sup>31</sup> Señala la DGRN que las STS de 9 de septiembre de 2009, 17 de noviembre de 2011, 12 de marzo de 2015 y 8 de junio de 2015 han considerado que la prórroga convencional es válida siempre y cuando haya sido acordada por las partes libremente y conste de manera clara, inequívoca y coherente en el contrato. Pero que esta prórroga convencional no puede ser potencialmente perpetua y necesita un límite temporal máximo, de manera que si las partes no han fijado uno el juez puede y debe fijarlo. En este sentido, la jurisprudencia ha fijado un límite para los arrendamientos de local con prórroga convencional y arrendatario persona jurídica, sujetos tanto a la versión originaria de la LAU como a la versión de la Ley 4/2013, consistente en un plazo de 30 años por analogía con el plazo de 30 años previsto por el Código civil para el usufructo a favor de personas jurídicas (art. 515 CC). Así, las STS de 9 de septiembre de 2009, 14 de julio de 2010 y 14 de noviembre de 2021. Si el arrendamiento de local de negocio es con persona física, el límite máximo de la prórroga convencional sin límite temporal se fija para evitar su prolongación indefinida, en la jubilación del arrendatario (STS de 8 de julio de 2015). Y en el caso de los arrendamientos de vivienda con prórroga convencional sin límite temporal pactado, la vida del arrendatario. «Pero estos términos lo son solo a los efectos de determinación por los Tribunales de Justicia tras el juicio contradictorio, lo que no sirve para que el arrendamiento que se pretende inscribir, ya que colisiona con el principio de especialidad registral. Por lo tanto, solo existe la posibilidad de que las partes fijen para la prórroga convencional un límite pactado, claro e inequívoco». «En el concreto supuesto de este expediente, existe una prórroga convencional pero no está señalado el límite temporal de la misma, y siendo que necesariamente en caso de controversia debe ser señalado por los Tribunales de Justicia, conculca, en virtud del principio de especialidad registral que exige determinación del contenido del derecho inscrito, la seguridad jurídica que frente a terceros debe ofrecer el Registro, por lo que debe confirmarse el defecto señalado [en la calificación por el registrador]».

<sup>32</sup> *Cfr.*, MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1106.

<sup>33</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1110-1111.

<sup>34</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1116.

<sup>35</sup> SÁNCHEZ CALERO y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, 2019, 124.

<sup>36</sup> «... [En] la lista de procedimientos de concordancia del Registro con la realidad física y jurídica del artículo 198 Ley Hipotecaria no se menciona expresamente este procedimiento, como si se tratase de una variante del expediente de dominio, pero en realidad no es así, sino que se trata de un procedimiento distinto, cuyo antecedente se encuentra en el párrafo segundo del artículo 7 Ley Hipotecaria, que sigue remitiéndose a las normas prescritas en el Reglamento [artículo 312 RH], pero que evidentemente, una vez que se regula específicamente en ... [el] ... apartado 2 del artículo 203 Ley Hipotecaria [a raíz de la reforma verificada por la Ley 13/2015, de 24 de junio de Reforma de la Ley hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo] ya no tiene efecto lo dispuesto en el Reglamento en este punto, por ser suficientemente precisa la nueva regulación legal respecto a la reglamentaria» (GARCÍA GARCÍA, 2016, 1046).

<sup>37</sup> GARCÍA GARCÍA, 2019, 1051. También son partidarios de la posibilidad de utilizar el procedimiento del artículo 312 del Reglamento Hipotecario (actual art. 203.2 LH), MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1106).

<sup>38</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2225.

<sup>39</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2225. Para el autor «la superficie a tomar en consideración es la real medida exteriormente en los muros y sin incluir la repercusión de elementos comunes», debiendo excluirse la superficie de los anexos como garajes o trasteros. Se trata, pues de tener en cuenta no la superficie útil o la construida con repercusión de elementos comunes, sino simplemente la superficie construida (VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2225-2226).

<sup>40</sup> *Cfr.*, VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2227.

<sup>41</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2226-2227.

<sup>42</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1127. Señala la RDGRN de 16 de diciembre de 2015 que los artículos 3 y 6 del Real Decreto 297/1996, de 23 de febrero, son una manifestación del principio de especialidad registral, en su vertiente referida al objeto del derecho y que «los artículos 3.2 y 6.2 habilitan expresamente un supuesto especial en el que se permite el acceso registral del derecho de arrendamiento sobre una porción material de finca registral, sin previa segregación de dicha porción ni de división en régimen de propiedad horizontal. Pero, en todo caso, el principio de especialidad registral exige la perfecta identificación de la porción material sobre la que se constituye el derecho de arrendamiento (arts. 9.1 LH y 51.3 de su Reglamento)», debiendo entenderse que la «expresión de los linderos ha de referirse a la concreta ubicación de las “lindes” es decir, los límites perimetrales concretos del objeto del derecho, y no a los “colindantes”, como ha señalado reiteradamente la DGRN, por ejemplo, en RDGRN de 5 de agosto de 2014, según la cual “la inclusión en la descripción de una finca registral de una expresa mención a los nombres de los propietarios colindantes no solo es superflua e innecesaria, sino incluso, hasta cierto punto impertinente o perturbadora, por varios motivos: Primero, por ser un dato variable en el tiempo, y que por tanto, pierde vigencia de modo inadvertido. Segundo por ser un dato, que incluso en un momento dado, no está contrastado ni es fiable en modo alguno, pues resulta solo de la manifestación del interesado (...) Y tercero, porque como mera mención que es, supondría que en el folio registral de una finca se estuviera haciendo mención de un derecho (el dominio del colindante) susceptible de inscripción separada y especial (en el folio registral de la finca colindante), que resulta, como se ha dicho, no solo superflua e innecesaria, sino hasta cierto punto perturbadora en el ámbito registral. En efecto, lo esencial es que una finca registral quede suficientemente identificada y delimitada de otras fincas colindantes, que a su vez pueden estar o no inmatriculadas registralmente. Si tales fincas colindantes están inmatriculadas, serán sus respectivos historiales registrados los que en cada momento proclamarán, con todos los efectos legales inherentes a los pronunciamientos registrales, los nombres de quién o quiénes son sus propietarios, extremo sobre el que ningún efecto ni fehaciencia cabe atribuir, en cambio, a las menciones de nombres que se contengan en las descripciones de otras fincas distintas”».

<sup>43</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1127.

<sup>44</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2232-2233.

<sup>45</sup> *Cfr.*, VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2235. *Vid.*, MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1130.

<sup>46</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1131.

<sup>47</sup> La remisión hecha por el artículo 7 al Real Decreto 297/1996 al artículo 353 RH entienden MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN que hay que entenderla referida «únicamente para aquellos casos en que el registrador emita una certificación de cargas en respuesta al mandamiento librado por el juzgado que conozca del procedimiento de apremio [arts. 656 y 688 LEC]» pero que dada la declaración de supletoriedad del Reglamento Hipotecario contenida en la disposición final primera del Real Decreto 297/1996, cabría también la cancelación de oficio al amparo del artículo 174.1 RH, al que también remitiría la norma especial (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1129). En cuanto a que la prórroga convencional debe solicitarse durante la vigencia de la inscripción del contrato de arrendamiento, señalan dichos autores que «aun habiendo transcurrido ocho años desde



la fecha del contrato, la cancelación de oficio no resulta posible si en el Registro figura inscrito un pacto de prórroga convencional del arrendamiento cuya eficacia esté llamada a producirse una vez que transcurran los ocho años que como máximo puede alcanzar el contrato merced a las prórrogas legales de los artículos 9.1 y 10 LAU» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1130).

<sup>48</sup> «La contemplación del acta notarial como título hábil para llevar a cabo la cancelación del arrendamiento inscrito constituye formalmente una novedad del Real Decreto 297/1996, aunque seguramente esa modalidad de acta no es sino un “documento fehaciente” del que puede resultar, en conjunción con la escritura del arrendamiento inscrito, la procedencia de la cancelación (cfr. art. 174.1 RH)» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1128).

<sup>49</sup> Artículo 202 Reglamento Notarial: «Las actas de notificación tienen por objeto transmitir a una persona una información o una decisión del que solicita la intervención notarial, y las de requerimiento, además, intimar al requerido para que adopte una determinada conducta. El notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo. Siempre que no se utilice el procedimiento a que hace referencia el párrafo anterior, el notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deban practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de notario y el objeto de su presencia. De no hallarse presente el requerido, podrá hacerse cargo de la cédula cualquier persona que se encuentre en el lugar designado y haga constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia. Cuando el edificio tenga portero podrá entenderse la diligencia con el mismo. La diligencia se cumplimentará mediante entrega de cédula que, suscrita por el notario con media firma al menos, contendrá el texto literal de la notificación o el requerimiento y expresará el derecho de contestación del destinatario y su plazo, conforme al artículo 204. Si la diligencia se entendiera con persona distinta de este, la cédula deberá entregarse en sobre cerrado en el que se hará constar la identidad del notario y el domicilio de la Notaría. El notario advertirá, en todo caso, al receptor de la obligación de hacer llegar a poder del destinatario el documento que le entrega, consignando en la diligencia este hecho, la advertencia y la respuesta que recibiere. La cédula podrá ir extendida en papel común y no será necesario dejar en la matriz nota de su expedición; bastará indicar el carácter con que se expide y la fecha de su entrega. El notario siempre que no pueda hacer entrega de la cédula deberá enviar la misma por correo certificado con acuse de recibo, tal y como establece el Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, o por cualquier otro procedimiento que permita dejar constancia fehaciente de la entrega. La diligencia podrá practicarse en cualquier lugar distinto del designado, siempre que el destinatario se preste a ello y sea identificado por el notario. Si se hubiere conseguido cumplimentar el acta, se hará constar así, la manera en que se haya producido la notificación y la identidad de la persona con la que se haya entendido la diligencia; si esta se negare a manifestar su identidad o su relación con el destinatario o a hacerse cargo de la cédula, se hará igualmente constar. Si se hubiere utilizado el correo, o cualquier otro medio de envío de los previstos en este artículo, se consignarán sucesivamente las diligencias correspondientes. La notificación o el requerimiento quedarán igualmente cumplimentados y se tendrán por hechos en cualquiera de las formas expresadas en este artículo».

<sup>50</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1131-1132.

<sup>51</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2240.

<sup>52</sup> MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1132.

<sup>53</sup> El 19 de diciembre de 2018 entró en vigor una nueva redacción de la LAU en virtud del Real Decreto Ley 21/2018, de 14 de diciembre de Medidas Urgentes en materia de Vivienda y Alquiler; que estuvo vigente hasta el 23 de enero de 2019, fecha en que se publicó en el BOE el acuerdo de no convalidación del Real Decreto Ley, por lo que recobró vigencia la redacción de la LAU con arreglo a la Ley 4/2013 hasta la entrada en vigor, el 6 de marzo de 2019 de una nueva redacción de la LAU conforme al Real Decreto Ley 7/2019.

<sup>54</sup> Hay que tener presente que de acuerdo con el artículo 10.1 LAU en su redacción de 2013 «si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo tres años de duración de aquel, ninguna de las partes



hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante un año más». Señala VENTOSO ESCRIBANO que «no hay cierre registral» de manera que «si hay una venta de una finca con arrendamiento inscrito pero en cuya escritura el vendedor dice que no está arrendada» la escritura es inscribible y «obviamente, no hay cancelación de ningún tipo y, caso de inexactitud, el arrendatario podrá, sin duda, ejercer su preferencia...» aunque «ello no quiere decir que el tráfico pueda hacer caso omiso de una declaración registral» de manera que «si hay un arrendamiento inscrito no podrá, por mucho que diga el arrendador, inscribirse un nuevo arrendamiento sobre la misma cosa» (VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2237-2238).

<sup>55</sup> Artículo 10 Ley 20/1994, en redacción dada por Real Decreto Ley 21/2018: «1. Si llegada la fecha de vencimiento del contrato, o de cualquiera de sus prórrogas, una vez transcurridos como mínimo cinco años de duración de aquel, o siete años si el arrendador fuese persona jurídica, ninguna de las partes hubiese notificado a la otra, al menos con treinta días de antelación a aquella fecha, su voluntad de no renovarlo, el contrato se prorrogará necesariamente durante tres años más. 2. Una vez inscrito el contrato de arrendamiento, el derecho de prórroga establecido en el artículo 9, así como la prórroga de tres años a la que se refiere el apartado anterior, se impondrán en relación a terceros adquirentes que reúnan las condiciones del artículo 34 de la Ley Hipotecaria».

<sup>56</sup> «En relación al cómputo, el artículo 7 del Real Decreto dice que se cancelará “transcurrido ocho años desde la fecha inicial del contrato” lo que a nuestro juicio, debe interpretarse desde la fecha del contrato o desde la puesta del inmueble a disposición del arrendatario si esta fuere posterior y constare en el propio contrato (art. 9.1, párrafo 2.º)» (VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2238). En cambio, para MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN hay que entender que el *dies a quo* del artículo 7.1 Real Decreto 297/1996 es la fecha del contrato y que tiene una eficacia meramente registral. «Esa desavenencia entre el Registro y la realidad civil no debe extrañar, pues en última instancia la cancelación de oficio del arrendamiento inscrito en el caso del... artículo 7.1 no significa que el arrendamiento haya dejado de existir en todo caso (*cfr.*, art. 97 LH)» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1130).

<sup>57</sup> VENTOSO ESCRIBANO, 2001, 2241. MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN señalan que si bien el artículo 7 del Real Decreto 297/1996 «no contempla directamente la cancelación del subarriendo, ni tampoco la de las restantes modificaciones del arriendo inscritas al amparo del artículo 5 del Real Decreto 297/1996; parece claro, empero que el artículo 7 es aplicable analógicamente a estos supuestos» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1132).

<sup>58</sup> Así, una sentencia recaída en juicio de desahucio es título suficiente para la cancelación del arrendamiento inscrito (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1115). En relación con un arrendamiento rústico, la RDGRN 13149/2017, de 23 de octubre, consideró título suficiente para practicar la cancelación de la inscripción del arrendamiento 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. Ya que si bien «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 (RDGRN de 28 de febrero de 1977 y otras muchas posteriores) ... en el presente caso debe tenerse en consideración determinadas particularidades. El artículo 25 de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos, señala como causa de resolución del contrato la falta de pago de las rentas correspondientes, precepto que se relaciona directamente con el artículo 79.2 de la Ley Hipotecaria en virtud del cual podrá pedirse la cancelación cuando se extinga el derecho inscrito o anotado. A la sentencia firme de desahucio por falta de pago se acompaña, además, decreto de lanzamiento del inquilino y toma de posesión por el arrendador-propietario. Por ello, habiéndose demandado al titular registral del derecho de arrendamiento, por lo que no se ha producido indefensión e inconstitucionalidad en aplicación de la STC de 20 de marzo de 1988 y la STS de 6 de junio de 1988, aunque no se haya solicitado expresamente la cancelación de la inscripción de arrendamiento 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 [o sea, el arrendatario]».

<sup>59</sup> GARCÍA GARCÍA, 2016, 1156. Artículo 2 Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Competencia en materia de jurisdicción voluntaria. «1. Los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil, según el caso, tendrán competencia objetiva para conocer y resolver los expedientes de jurisdicción voluntaria. 2. En los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificarla por sumisión expresa o tácita. 3. El impulso y la dirección de los expedientes corresponderá a los secretarios judiciales, atribuyéndose al juez o al secretario judicial, según el caso, la decisión de fondo que recaiga sobre aquellos y las demás resoluciones que expresamente se indiquen por esta Ley. Cuando no venga atribuida la competencia expresamente a ninguno de ellos, el juez decidirá los expedientes que afecten al interés público, al estado civil de las personas, los que precisen la tutela de normas sustantivas o puedan deparar actos de disposición, reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos, así como cuando afecten a los derechos de menores o personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El resto de expedientes serán resueltos por el secretario judicial.»

<sup>60</sup> ALBALADEJO, 2016, 39-40.

<sup>61</sup> En este sentido señalan MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, sobre la base del artículo 97 LH que «la cancelación de los arrendamientos inscritos no significa de suyo la extinción del derecho del arrendatario. La eficacia material del asiento cancelatorio no excede de la prevista en el artículo 97 LH, a saber, la simple presunción de que el derecho inscrito está extinguido, pero como quiera que se trata de una presunción “*iuris tantum*”, resulta perfectamente posible que un arrendamiento cuya inscripción ha sido cancelada continúe existiendo en la realidad e incluso, en algún caso, sea oponible a terceros» (MARÍN LÓPEZ y COLÁS ESCANDÓN, 2020, 1117).

## 2. MERCANTIL

# El deber de infracción de lealtad y la ausencia de poder de los administradores para la práctica de una filialización

## *The infringement of the duty of loyalty and the absence of power of the directors to incorporate a subsidiary»*

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación  
Profesor de Derecho civil y abogado*

**RESUMEN:** La infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital puede tener consecuencias en las operaciones de filialización.

**ABSTRACT:** *The infringement of the duty of loyalty may have consequences in order to incorporate a subsidiary.*

**PALABRAS CLAVE:** Ausencia de poderes. Administradores. Filialización.

**KEY WORDS:** *Absence of power of the directors. Incorporation of subsidiary.*

**SUMARIO:** I. DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES Y AUSENCIA DE PODER POR INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL.—II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES. POSIBLE DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE DISCORDANCIA DE OBJETOS SOCIALES.—III. EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 28 DE ABRIL DE 2021.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

### I. DEBER DE LEALTAD DE LOS ADMINISTRADORES Y AUSENCIA DE PODER POR INFRACCIÓN DEL RÉGIMEN COMPETENCIAL ATRIBUIDO A LA JUNTA GENERAL

En un trabajo anterior<sup>1</sup> acudíamos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. - Coöperatieve Rabobank «Veicht en Plassengebied» BA contra Erik Aarnoud Minderhoud. - Petición

de decisión prejudicial: Hoge Raad - Países Bajos. Asunto C-104/96 (*Recopilación de Jurisprudencia 1997 página I-07211*), cuya Parte Dispositiva es la que sigue:

*«El régimen de oponibilidad frente a terceros de los actos realizados por los miembros de órganos sociales en situaciones de conflicto de intereses con la sociedad representada no está comprendido en el marco normativo de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, Primera Directiva 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, y es competencia del legislador nacional».*

El Tribunal de Justicia, falla en consonancia con las Conclusiones del Abogado General La Pergola presentadas el 12 de marzo de 1997, que sobre el particular y por su interés reproducimos:

*«V. Examen del litigio*

6. *En mi opinión, el artículo 9 de la Directiva, invocado como parámetro de interpretación de la legislación nacional controvertida y de la disposición paralela contenida en los Estatutos de Mediasafe, no se aplica al presente caso. En efecto, comparto la opinión sostenida por el Gobierno sueco y que también fue sostenida, aunque con cierta ambigüedad, por la Comisión, según la cual, la disposición contenida en el artículo 9 de la Directiva no regula el supuesto de que los órganos de la sociedad, a los que se les ha confiado su representación, se hallen en una situación de conflicto de intereses. Las consecuencias que derivan de situaciones de conflicto de intereses de los administradores se rigen pues por el Derecho nacional aplicable.*

7. *Esta afirmación, que considero correcta, se funda en la propia formulación de la citada disposición que, en mi opinión, se refiere únicamente a la oponibilidad de los límites fijados por la ley, los estatutos o las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes conferidos a los representantes de la sociedad. En definitiva, estamos frente a una disposición que establece un régimen relativo al contenido material y al alcance de dichos poderes. Se trata de límites que se encuentran, por ejemplo, en las disposiciones que permiten obligar a la sociedad hasta una cantidad determinada o que establecen una distinción según el tipo de negocio jurídico que el representante está autorizado a realizar. Además, ello queda confirmado por el hecho de que la disposición de la Directiva de que se trata se refiere, muchas veces, a la correspondencia entre los actos realizados por el representante y el objeto social, o tiene en cuenta la publicación de los poderes de los que son titulares los órganos sociales. Por el contrario, dicha disposición no se ocupa de las circunstancias subjetivas que influyen sobre el correcto ejercicio del poder de representación.*

8. *En efecto, el conflicto de intereses determina un vicio en la formación de la voluntad del representante que le impide realizar legítimamente determinados actos, en la medida en que carece de la contemplatio domini. En mi opinión, el conflicto de intereses se sitúa en otro contexto muy diferente, es decir, el de las condiciones de carácter subjetivo que permiten el válido ejercicio del poder de representación. En realidad, se trata de una cuestión de falta de poderes de carácter general (se refiere efectivamente a todos los supuestos de representación, y no solo a los relativos al ámbito de las sociedades) que, no obstante, no altera la extensión objetiva de los poderes conferidos al órgano social de que se trate. Por lo tanto, la situación de conflicto de intereses paraliza la competencia y la capacidad de acción del representante en relación con los actos y con los sujetos con los que debe contratar, cuando el interés que persigue en abstracto se escinde y, por tanto, diverge*

del de la sociedad representada. En este supuesto, se está ante un estado patológico de la representación que no incide sobre la naturaleza ni sobre la amplitud de los poderes conferidos, sino que, por el contrario, afecta a los actos individuales que, por circunstancias que se refieren a la persona del representante, tienen por efecto, o al menos así se presume, lesionar los intereses de la sociedad. La situación de anomalía que caracteriza al representante en caso de conflicto de intereses no está regulada por la Directiva, como tampoco lo están las situaciones de incapacidad natural o legal o de los vicios de la voluntad que pueden incidir sobre la validez de los actos realizados por el mismo representante. En cambio, dicho conjunto normativo tiene por objeto regular las consecuencias de los límites objetivos fijados por las disposiciones legales o de los estatutos, o por las resoluciones adoptadas por la sociedad, a los poderes de los órganos sociales.

9. Por otra parte, mi análisis se ve reforzado también por la Propuesta de Quinta Directiva sobre las sociedades. (2) En esa ocasión, la Comisión propuso precisamente la adopción de normas específicas que hacen oponibles a terceros contratantes las situaciones de conflicto de intereses en que se halle el órgano social tiene atribuida su representación, aunque únicamente a condición de que la sociedad aporte la prueba de que estos mismos terceros contratantes conocían la irregularidad del acto realizado o que, dadas las circunstancias, no podían ignorarla (apartado 4 del artículo 10). El hecho mismo de que la Comisión considerase necesario proponer que se legislara expresamente en materia de conflicto de intereses también aboga, por consiguiente, en favor de la exclusión de dicho fenómeno del ámbito de aplicación de la Directiva<sup>2</sup>».

Así, opinábamos que la actuación de los administradores en vulneración del deber de lealtad y con conflicto de intereses queda por tanto al margen de la aplicación de la Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, (véase art. 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009), y por consiguiente de la aplicación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que a nuestro entender decíamos en su momento que dicha actuación —no estando configurada dentro del poder de representación de los administradores— ha de calificarse como un supuesto de falta de poder, dentro del ámbito de aplicación de lo previsto en el artículo 1259 del Código civil, lo que volvemos a reiterar, casa con la dispensa sobre todo *ex post* que pueda efectuarse.

En realidad, la dispensa *a posteriori* no está prevista en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital, aunque no observamos que exista ningún inconveniente al respecto desde un punto de vista dogmático. Si la dispensa es *a priori*, genuinamente estaríamos ante un caso de «autorización», mientras que si la dispensa es *a posteriori*, en realidad estaríamos ante un supuesto de «ratificación».

Igualmente, hemos sostenido que en el supuesto de que un administrador incurre en cualquier conflicto de interés bien de los tipificados legislativamente (art. 229 de la Ley de Sociedades de Capital) o de aquellos que no se encuentran dentro del listado del artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital, ej. las situaciones conflictuales que pudieran derivar del artículo 228.e) de la Ley de Sociedades de Capital, pero que a la vez infrinja el régimen competencial atribuido a la Junta General, vía artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital, debe entenderse como ausencia de poder<sup>3</sup>.

En la actualidad el artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las so-

ciedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, con idéntico tenor a su citado antecesor prevé lo siguiente:

*«Artículo 10*

*1. La sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos realizados por sus órganos, incluso si estos actos no corresponden al objeto social de esta sociedad, a menos que dichos actos excedan los poderes que la ley atribuya o permita atribuir a estos órganos.*

*No obstante, los Estados miembros podrán prever que la sociedad no quedará obligada cuando estos actos excedan los límites del objeto social, si demuestra que el tercero sabía que el acto excedía este objeto o no podía ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias, quedando excluido el que la sola publicación de los estatutos sea suficiente para constituir esta prueba».*

A nuestro juicio, la protección de los terceros de buena fe claro que preside la cuestión, pero no por la aplicación analógica del artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, sino porque precisamente esta protección de terceros de buena fe es susceptible de aplicación desde la propia doctrina aplicable al supuesto del artículo 1259 del Código civil, aunque con límites propios de tal categoría, como luego veremos.

Ya en el estudio del antecedente del vigente artículo 234.2 de la Ley de Sociedades de Capital, es decir, el artículo 129.2 de la Ley de Sociedades Anónimas, se opinaba que: «El artículo 129.2 TRLSA se refiere a acto para los que aparece legitimado el representante orgánico de la sociedad. Quedan fuera de dicho supuesto, aquellos actos que exceden de dicha legitimación, es decir, en términos del artículo 9.1.1 de la Primera Directiva, de las competencias que la ley atribuye o permite atribuir al órgano de administración. Dichos actos no podrán concluirse válidamente por dicho órgano, por lo que no existiría ni siquiera una vinculación inicial o provisional de la sociedad. En este sentido, quedaría fuera de la legitimación del órgano de representación los actos para los que sea legalmente competente la Junta General, así como los actos evidentemente contrarios al objeto social o negadores del objeto social<sup>4</sup>».

¿Podríamos entender en este supuesto de ausencia de poder que el acto o contrato con infracción conflictual fuera nulo por causa ilícita o por contravención de norma imperativa? Entendemos que no, ya que la ausencia de poder conlleva la ineficacia del acto o contrato, pero no su nulidad, *ex* artículo 1259 del Código civil. ¿Pero sería ratificable?, entendemos que sí, por aplicación de lo previsto en el artículo 230 de la Ley de Sociedades de Capital (pese a la ausencia de previsión expresa de la ratificación a posteriori en dicha norma y con apoyo en la autorización a priori que permite la referida norma societaria), lo que lógicamente ha de excluir la categoría de la nulidad, ante la imposible convalidación o ratificación del negocio nulo.

## II. LA NECESARIA INTERVENCIÓN DE LA JUNTA GENERAL EN LA FILIALIZACIÓN DE ACTIVIDADES. POSIBLE DERECHO DE SEPARACIÓN EN CASO DE DISCORDANCIA DE OBJETOS SOCIALES

En su momento sostuvimos en otro trabajo<sup>5</sup> que los riesgos de una operación de filialización, en cuanto a la protección de los accionistas de la sociedad do-

minante, tradicionalmente han sido puestos de manifiesto por la generalidad de nuestra doctrina. Destaca PAZ-ARES<sup>6</sup>, quien puso de manifiesto que este tipo de operaciones suponen evidentemente un fortalecimiento de la posición del órgano de administración y un correlativo debilitamiento del papel de la junta general de la sociedad dominante, que se observa por ejemplo, en la política de capital o la política de dividendos, al explicar que: «En efecto, si la sociedad matriz queda reducida a una pura sociedad holding, la captación de recursos para acometer nuevos proyectos de inversión a través de las oportunas ampliaciones de capital se decidirá en las sociedades industriales operativas y, por tanto, la decisión quedará en manos de los administradores, que son los encargados de gestionar las participaciones de la sociedad matriz. Lo propio sucederá con la política de dividendos. Si el órgano de administración pretende no distribuir dividendos, le bastará con reservar en la filial todos sus beneficios. De esta manera, no lucirán en el balance de la holding y, por tanto, no podrán ser distribuidos. Los accionistas quedan privados de su facultad de aplicar el resultado».

A nuestro juicio el razonamiento doctrinal consistente en el tratamiento de la filialización como un supuesto de modificación estructural es el acertado, sin perjuicio de lo que abordaremos con posterioridad respecto de las ampliaciones de capital mediante aportaciones no dinerarias. Ello es así, que la figura ha pasado a tener un reconocimiento legislativo en nuestro Derecho de Sociedades, sin que sea necesario por tanto el recurso al procedimiento integrador análogo, como con anterioridad con buen acierto se pretendía. De esta forma, el artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, expresamente prevé lo siguiente:

*«Artículo 72. Constitución de sociedad íntegramente participada mediante transmisión del patrimonio.*

*Se aplicarán también, en cuanto procedan, las normas de la escisión a la operación mediante la cual una sociedad transmite en bloque su patrimonio a otra sociedad de nueva creación, recibiendo a cambio todas las acciones, participaciones o cuotas de socio de la sociedad beneficiaria».*

No se entiende pues que la Ley sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, prevea el supuesto con remisión en bloque a las normas de la escisión, en cuanto procedan —principalmente en cuanto a la intervención decisoria de la Junta General, en lo que ahora nos atañe—, donde como conocemos no se reconoce un derecho de separación a los accionistas de las sociedades involucradas en la escisión y que se pueda defender en abstracto un derecho de separación para estos supuestos; derecho de separación, no obstante, que sí es reconocido para otra modificación estructural, como es el caso de la transformación de la sociedad previsto en el artículo 15 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Este argumento legislativo, supone una importante traba al reconocimiento del derecho de separación en los supuestos de filialización. Ello unido a que en este tipo de casos, si el objeto social de la dominada coincide con el de la dominante, puede sostenerse que no existe como tal ninguna modificación del objeto social de la dominante sino solo un ejercicio indirecto del objeto social que no requiere siquiera una previsión estatutaria expresa, lo que nos hace decantar por la inadmisibilidad de la existencia de un derecho de separación en los casos de filialización con objeto social de la dominante coincidente con el de la dominada.



El caso resuelto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011 versa sobre la modificación del artículo estatutario del objeto social de la Compañía de Electricidad del Condado, S.A. (CECSA) cuya redacción con anterioridad a la modificación propuesta era la siguiente:

*«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directamente, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias».*

Por acuerdo de la Junta General de CECSA celebrada el 26 de noviembre de 2004, con el voto favorable del 82,72% del capital social, el artículo 2 de los Estatutos quedó redactado en los siguientes términos:

*«El objeto de la sociedad queda constituido por la realización de las siguientes actividades: a) Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica. b) Indirectamente, es decir, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la producción de energía eléctrica de origen térmico, hidroeléctrico o de cualquier otra naturaleza; la compraventa, arrendamiento y explotación de fincas rústicas, desarrollando en las mismas toda clase de actividades agrícolas forestales o pecuarias».*

La compañía HEREDEROS DE ROBERTO MARÍN CEBALLOS S.L., titular de 23730 acciones de COMPAÑÍA DE ELECTRICIDAD DEL CONDADO S.A, equivalentes al 16'5920% del capital social, pretendió ejercitar el derecho de separación, lo que fue rechazado por el Consejo de Administración en la sesión que tuvo lugar el 1 de abril de 2005.

Por lo tanto, la adición estatutaria contra la que se pretendió el derecho de separación, consistía solo en lo siguiente:

*«Directa o indirectamente, mediante la titularidad de acciones o participaciones en otras sociedades, la distribución de energía eléctrica».*

El razonamiento de nuestro más Alto Tribunal, tras un examen histórico de la legislación aplicable y de las resoluciones del propio Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros y del Notariado —que hemos apuntado con anterioridad— fue básicamente el siguiente:

*«2) Por el contrario, cuando la previsión estatutaria es realizar «directamente, la distribución de energía eléctrica», la sustitución de la explotación directa por la indirecta, mediante la creación de un grupo de empresas con unidad de dirección, sujetando la dominada a la dirección de la dominante, supone una «sustitución de la actividad» de la sociedad aunque el negocio se desenvuelva en el mismo sector de la industria o del comercio y, a la postre, la «sustitución del objeto», con alteración de las bases determinantes en su momento de la affectio societatis, ya que al no alterarse la estructura propia la «sociedad isla», sustituir la «explotación directa» de una actividad industrial por la «explotación de acciones y participaciones» sociales, de hecho supone la pérdida de poder del socio que no participa*

*en la gestión sin contrapartida alguna, hurtándole la posibilidad de impugnar los acuerdos anulables de la participada por falta de legitimación, a tenor de lo que dispone el artículo 117.2 de la Ley de Sociedades Anónimas —hoy 206.2 de la Ley de Sociedades de Capital— al carecer de la condición de socio de la dominada, y comporta la sustitución de reglas del juego que afectan a condiciones esenciales determinantes de la adquisición de la condición de socio».*

Concluyendo, lo que a continuación se expone:

*«2.5. Conclusión.*

*27. En el presente caso en el que pese a tratarse de una sociedad anónima, la desinversión de los socios minoritarios está dificultada por tratarse de una sociedad cerrada, la modificación estatutaria constituye una sustitución o reemplazo del objeto social como lo evidencia el «traslado de la rama de actividad de distribución de energía eléctrica a una nueva sociedad», transformando una sociedad industrial en una sociedad holding que de la explotación de una actividad industrial pasa a administrar acciones o participaciones, sin que a ello sea obstáculo que la participada desarrolle su actividad en el mismo sector del mercado, máxime cuando la singularidad de la actividad es determinante de su sumisión a un control que se trata de eludir precisamente mediante una alteración estatutaria cuya trascendencia permite calificarla razonablemente de «sustitución del objeto» que no se ve difuminada por la existencia de un objeto plural de escasa incidencia real en la actividad de la sociedad».*

Con estos razonamientos la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011, casa la Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Sevilla de 12 de septiembre de 2007 (RJ 2008, 379549), que por el contrario había considerado lo siguiente:

*«Ciertamente la interpretación y aplicación del artículo 147 LSA respecto del derecho de separación del socio discrepante con la sustitución del objeto social no está exenta de problemas y dificultades, revistiendo complejidad. En esta tarea habrá de tenerse en cuenta las circunstancias del caso, pues la cuestión de qué debe entenderse por modificación del objeto social y qué por sustitución puede ser muy dificultosa en aquellos casos en los que con sutileza se haga una modificación del objeto que en realidad encierre una auténtica sustitución o reemplazo del mismo por otro, con perjuicio de aquellos socios que habiendo realizado una inversión para un objeto social que consideraban atrayente y beneficioso, puede que no quieran compartir el riesgo de embarcarse en actividades distintas a las que motivaron su entrada y permanencia en la sociedad. Razón por la que la Ley protege los intereses de esos socios discrepantes concediéndoles el derecho de separarse de la sociedad, con reembolso del valor de sus acciones. Ahora bien, teniendo en cuenta la perturbación que para la sociedad supone la separación de un socio con el consiguiente reembolso de sus acciones, amortización de las mismas y reducción del capital social (art. 147.3 LSA), el principio de conservación de la sociedad y que los intereses sociales deben prevalecer frente al interés particular de un socio, el derecho de separación no puede constituir un amplio marco que permita que ante cualquier modificación del objeto social un socio pueda optar por abandonar la sociedad ejercitando el derecho del artículo 147, que circunscribe el presupuesto fáctico para el nacimiento del derecho exclusivamente a los casos de sustitución del objeto social, por lo que la interpretación de lo que debe entenderse por sustitución ha de hacerse desde un prisma restrictivo. No en vano el actual artículo 147 LSA*

tiene su antecedente en el art. 86.4 de la LSA de 1951 que permitía al accionista separarse en los casos de que se produjese un cambio del objeto social. La LSA de 1989 introdujo una modificación legal sustancial al restringir el derecho de separación del socio a aquellos supuestos en los que se produzca una sustitución del objeto social y no un simple cambio. De ahí que por sustitución no quepa entender cualquier modificación que implique una ampliación o reducción de actividades o una variación en la forma de desarrollar la misma actividad. Por sustitución ha de entenderse un auténtico reemplazo de las actividades que la sociedad venía desarrollando hasta ese momento por otra actividad completamente distinta y ajena a la que hasta entonces constituía el fin social propio de la compañía.

En el presente caso no se ha producido sustitución alguna del objeto social que sigue siendo el mismo: La distribución de energía eléctrica. Lo que ocurre es que la modificación introducida va a permitir a CECSA variar la forma en la que puede gestionar o desarrollar esta actividad de distribución eléctrica, ya que hasta el momento de la alteración solo podía hacerlo directamente, y a partir de entonces podrá realizarlo de manera indirecta, es decir, mediante la participación en otras empresas que realicen directamente la actividad de distribución eléctrica. La demandada continúa teniendo el mismo objeto social. Lo que ocurre es que ahora tiene dos medios o formas de desenvolverse para realizarlo, bien directamente, bien indirectamente a través de otras compañías mercantiles. No estamos tan siquiera ante un cambio del objeto social, sino ante una modificación de la forma de realizar el objeto social, que podrá ejecutarse en la misma forma directa que ha sido lo tradicional en CECSA o en forma indirecta, pero siempre con el objeto de distribuir energía eléctrica. (...)

La realización de la actividad societaria de forma indirecta por medio de sociedades participadas no es un hecho objetivamente perjudicial para los socios minoritarios. La ejecución de esta forma de gestionar el objeto social requerirá de acuerdos de los órganos de la sociedad, y si esos acuerdos fuesen perjudiciales, discriminatorios para el socio o favorecedores de la mayoría con notorio perjuicio de la minoría, contrarios a la ley o lesivos para los intereses sociales, sería el momento de ejercitar las acciones legales mediante la impugnación de tales acuerdos».

En suma, el Tribunal Supremo en esta Sentencia de 10 de marzo de 2011 con base en la expuesta doctrina jurisprudencial acerca de lo que ha de entenderse por «sustitución del objeto social» (STS de 30 de junio de 2010), entiende en el presente caso de filialización de actividades sociales que existe una auténtica sustitución de objeto social que confiere a los socios un derecho de separación, aún cuando dicha sustitución entendida como modificación sustancial suponga un mero ejercicio indirecto del objeto social por la dominante a través de su filial.

A nuestro juicio, encontrar un derecho de separación en un caso de filialización nos parece a todas luces una solución desmesurada *ab initio*, pese a la reforma del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital que reconoce el derecho de separación del socio ante la «sustitución o modificación sustancial del objeto social». El supuesto puede ser tratado como una modificación estructural con las consecuencias del artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, con aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión, aunque con análisis e interpretación de la cláusula de objeto social de la dominante y del objeto social que se introduce en los estatutos de la dominada, ya que si este es coincidente

con el de la dominante, solo existirá un ejercicio indirecto del objeto social que no tiene por qué llevar aparejado un derecho de separación del socio de la dominante.

Así pues, la aplicación de la consecuencia jurídica del artículo 346.1.a) de la Ley de Sociedades de Capital solo devendría tras una interpretación de ambos objetos sociales (dominante y dominada) por si la coincidencia no resultara y esta discordancia entrara dentro de la hermenéutica que del concepto «modificación sustancial» ha efectuado nuestro Tribunal Supremo y que como hemos visto ha motivado la reciente reforma legislativa. Sin embargo, en el presente caso no hay atisbo de tal discordancia ya que la modificación de la cláusula de objeto social solo se refería única y exclusivamente a la forma indirecta de ejecución del mismo, a saber, la distribución de energía eléctrica, de ahí que no podamos compartir la decisión de nuestro Alto Tribunal en la sentencia analizada.

Como hemos comprobado la decisión del Tribunal Supremo ha tenido lugar en un caso donde efectivamente se producía una modificación estatutaria. Sin embargo, también hemos tenido conocimiento del caso enjuiciado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 4 mayo de 2011 (*JUR* 2011, 281512), que confirma la sentencia del Juzgador a quo en un supuesto en que sin modificación de cláusula estatutaria se había producido la filialización de actividades, lo que engazaría el problema con lo que se ha venido denominar como modificación de hecho del objeto social. A este respecto y con acierto —en nuestra opinión— SÁENZ GARCÍA DE ALBIZU (*Vid. op. cit.* página 324) sobre el silencio del legislador societario al respecto opinó que si el supuesto era merecedor de considerarse como modificación de objeto social, la consecuencia jurídica habría de ser la misma, es decir, el reconocimiento del derecho de separación para que el socio no viera mermado así su derecho de separación ante la ausencia de un procedimiento formal societario de modificación estatutaria, al razonar lo siguiente: «...En consecuencia, teniendo en cuenta la propia naturaleza y los caracteres del derecho de separación, se hace necesario afirmar que, al objeto de evitar su violación por vía indirecta, el citado derecho podrá ser ejercitado incluso cuando la modificación se haya producido por la vía de hecho; en cuanto al modo de articular el ejercicio del referido derecho, parece lógico pensar que a tal objeto será necesaria una resolución judicial en la que se reconozca que se ha producido una modificación que, por sus características, lleve aparejado el derecho de separación y que, por lo tanto, habilite al socio reclamante para hacer uso del mismo».

Sin embargo, para poder concluir sobre un caso de filialización de actividades sin modificación jurídica de la cláusula de objeto social, seguimos creyendo que el razonamiento a aplicar sigue siendo el anteriormente apuntado, es decir, solo cuando exista una discordancia de objetos sociales entre la dominante y la dominada —analizada en términos de «modificación sustancial»— podrá mantenerse la posibilidad del reconocimiento de un derecho de separación, en este caso, por protección del accionista o socio ante una modificación sustancial de hecho e indirecta del objeto social, ya que en caso contrario, volveríamos a encontrarnos ante una modificación estructural (filialización) con ejercicio indirecto de objeto social, debiendo tratarse la misma, generalmente, al amparo de los dictados del artículo 72 de la Ley 3/2009 sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, es decir, mediante la aplicación en lo que proceda del proceso regulador de la escisión societaria, a saber, y con carácter primordial mediante la intervención de la Junta General.

### III. EL CASO RESUELTO POR LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA DE 28 DE ABRIL DE 2021

El caso analizado por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021, es el siguiente:

a) La sociedad FINCAS REVEMAT S.L., fue constituida en 1991 por el matrimonio formado por la actora, María Inés, y el demandado, José Ramón, con el objeto de gestionar el patrimonio inmobiliario adquirido hasta la fecha por ambos cónyuges. El reparto de participaciones se hizo en ese momento en función de la propiedad de los inmuebles aportados, correspondiendo a José Ramón la titularidad del 80% de las participaciones y María Inés titularidad del 20% restante. El demandado Sr. José Ramón ha sido desde la constitución de la sociedad el administrador único de la misma.

b) El matrimonio se disolvió por sentencia de divorcio dictada en autos de divorcio contencioso núm. 143/2003, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Uno de Martorell.

c) El 24 de febrero de 2011, en procedimiento ordinario 517/2010 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Martorell se estimó la demanda promovida por la Sra. María Inés contra el Sr. José Ramón, por la que se declaraba el carácter ganancial de los bienes de ambos desde que contrajeron matrimonio el día 7 de mayo de 1977. Esta sentencia fue objeto de recurso de apelación y posterior casación, siendo confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de diciembre de 2015.

d) El 14 de julio de 2011 el demandado Sr. Jose Ramón, como administrador único de FINCAS REVEMAT, procedió a transferir la práctica totalidad del patrimonio de FINCAS REVEMAT (23 de 26 inmuebles) a terceras sociedades. Para lo cual estas ampliaban su capital en función del valor de los inmuebles transferidos y FINCAS REVEMAT obtenía las correspondientes participaciones, pasando a tener un control absolutamente mayoritario en su capital.

e) Estas sociedades fueron las siguientes:

RESBARHOTAMA SL, constituida en julio de 2004, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, en la que figura como administradora única, quien en ese momento era la pareja sentimental del demandado, Salomé, y de la que, desde enero de 2011, el demandado es apoderado junto a las hijas de aquella, Virtudes y Ángela (participada por FINCAS REVEMAT al 99,064%).

KLAFFE MART SL, constituida en marzo de 2008, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras y de la que el demandado es administrador en actualidad (participada por FINCAS REVEMAT al 95,596%).

OTROS CAFES SL, constituida en septiembre de 2008, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, y de la que el demandado Sr. José Ramón figura como administrador único desde septiembre de 2012; si bien, hasta marzo de 2010, constaba como administradora única su actual pareja sentimental, y como apoderada, desde octubre de 2009 hasta la actualidad, la hija de esta última Virtudes (participada por FINCAS REVEMAT al 99,081%).

DESGCAFELES SL, constituida en febrero 2009, con el objeto social de explotación de cafés, bares y restaurantes y máquinas expendedoras, y de la que el demandado Sr. José Ramón es apoderado desde junio de 2012, y administradora

y socia su actual pareja sentimental Salomé (participada por FINCAS REVEMAT al 99,353%).

TSABOR 2011 SL, constituida en febrero de 2011, con el objeto social de restauración y explotación de máquinas expendedoras, y de la que el demandado es administrador y socio histórico único desde su constitución (participada por FINCAS REVEMAT al 99,171%).

f) Que el valor de las participaciones en dichas sociedades se cifra en el ejercicio 2011 en 2281987,47 euros, y en 2374556,60 euros, en 2016.

g) Que tras la sucesión de aportaciones, el patrimonio inmobiliario de FINCAS REVEMAT pasó de estar valorado en 751811,14 euros en 2010, a 50964,14, en el ejercicio 2011. El importe de la cifra de negocio que consta en la Cuenta de Pérdidas y Ganancias, pasó de 206616,01 euros, en ejercicio 2010, a 943 euros en ejercicio 2016.

h) Que la actora no pudo tener noticia de la operativa llevada a cabo por el demandado hasta noviembre de 2013, esto es, con ocasión de la Junta de socios convocada en dicha fecha que tenía por objeto aprobar las cuentas correspondientes a los años 2007 a 2011.

i) En el expediente judicial que se sigue para disolver la sociedad de ganancias, las partes han convenido que la distribución del capital de la sociedad FINCAS REVEMAT debería de ser de 44,37% para la actora y de 55,63% para el demandado, sin embargo, este acuerdo no se ha formalizado.

En este caso, nos encontramos en realidad ante una filialización de actividades mediante ampliación de capital por aportaciones no dinerarias que se podría haber realizado mediante la fórmula de la segregación a la que hace referencia el artículo 71 de la Ley de Modificaciones Estructurales.

Sin ánimo de revivir debates, sí que citamos la célebre Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la negativa de la registradora mercantil y de bienes muebles de Jaén a inscribir una escritura de aumento de capital de una sociedad de responsabilidad limitada (Núm. 226, lunes 19 de septiembre de 2016, Sec. III. 67030) que efectivamente recoge la posibilidad de que la aportación de rama de actividad se pueda hacer vía ampliación de capital no dineraria sin tenerse que someterse a los dictados que para la segregación (art. 71) reserva la Ley de Modificaciones Estructurales, eso sí, requiriéndose en todo caso la necesaria aprobación de la Junta General cuando de un activo esencial se tratara, *ex.* artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital.

Sin embargo, los hechos de la ampliación de capital se desarrollan con anterioridad a la reforma del artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital por la Ley 31/2014 de 3 de diciembre (concretamente el día 14 de julio de 2011), por lo que no podemos analizar en este caso la necesaria intervención o no de la Junta General en función de la aplicación del artículo 160 f de la Ley de Sociedades de Capital.

Ello nos llevaría a recordar también la conocida problemática de las competencias implícitas de la Junta General, aunque en este caso ya estuviera vigente la Ley de Modificaciones Estructurales y pese a ello seamos de la opinión que efectivamente se podía haber articulado la operación tal y como se hizo, es decir, mediante una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias.

Como recoge ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA<sup>7</sup> al comentar la Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado: «Antes de la LME la aportación de rama de actividad era objeto de una regulación especial solo en la legislación fiscal, que le aplicaba el régimen de neutralidad



de fusiones y escisiones. Eso no había impedido que ya se hubiera planteado la cuestión de si había que aplicar las normas de la escisión a la aportación de rama de actividad. En las Resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994, la DGRN entendió que eran figuras distintas, y que al no haberse reconocido en nuestro derecho la segregación como una modificación estructural, la aportación de rama de actividad no tenía los efectos de la escisión ni debía someterse a sus requisitos. También se había suscitado la cuestión ante el Tribunal Supremo, en un caso en que una sociedad (ERCROS) aportaba una rama de actividad —el negocio de petróleo— a otra sociedad (ERTOIL). Algunas deudas relacionadas con esta actividad no se habían incluido entre los pasivos cedidos, y los acreedores —ante la quiebra de ERCROS— las reclamaban a EROTOIL. En varias sentencias (6 de febrero de 1998 y 3 y 5 de marzo de 2001, citando otra de 21 de marzo de 1987) el Tribunal Supremo entendió que la adquirente no respondía porque no era aplicable por analogía el régimen de la escisión. La STS de 12 de enero de 2006 cambió de criterio reconociendo la responsabilidad de EROTOIL, pero no por una aplicación analógica de las normas de la escisión sino por la doctrina del fraude de ley. Además, precisó que su doctrina «no contradice directamente lo resuelto sobre la misma cuestión en instancias administrativas con una estricta aplicación de la legislación sobre sociedades (...Resoluciones de la DGRN de 10 de junio y 4 de octubre de 1994)».

El asunto que ahora recordamos no solo se analizó en la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2006 sino también en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2007. De esta forma, FERNÁNDEZ TORRES<sup>8</sup> resumía lo analizado en ambas sentencias: Las Sentencias objeto del presente comentario plantean una cuestión recurrente y ciertamente problemática en nuestra doctrina e incluso en la jurisprudencia y que se refiere a la distribución de competencias interorgánicas y al objeto social como límite al ámbito de actuación de los administradores. Más concretamente, se suscita el tema de las modificaciones estructurales y del órgano competente para su adopción.

El problema mencionado no se afronta directamente en la primera sentencia a diferencia de cuanto sucede en la Sentencia de 8 de febrero de 2007 en la que, por el contrario, la operación de reconversión empresarial pretendida se plantea como una operación comprendida en el objeto social estatutario y por tanto en el ámbito de actuación de los administradores. En efecto, el objeto social estaba integrando por dos grandes núcleos de actividades: la industrial y la comercial. Con el acuerdo del consejo de administración objeto del litigio se suprime el primero, al reducirse la operatividad futura de la sociedad al ámbito comercial; y ello a pesar de que en la descripción del objeto social se resalta la relevancia de la actividad industrial. No se acuerda, por tanto, cesar en una de las múltiples actividades —que dice el motivo primero del recurso—, sino en uno de los dos grandes ámbitos sectoriales de la actividad societaria, incluso en el más relevante en la perspectiva de la descripción estatutaria. Pero es que, además, la realidad muestra que no se trata de que la actividad industrial vaya a suprimirse por ser ruinosa sino que lo que se pretende es desviar esa actuación a sociedades pertenecientes al grupo societario del que forma parte uno de los dos socios de la entidad Carbónica Murciana, SA. Se trata, en consecuencia, de una modificación del objeto por reducción de las actividades y, más concretamente, de una reconversión empresarial que implica, por un lado, una modificación estructural de la sociedad y, por otro, una modificación estatutaria que en cuanto tal requiere la intervención de la Junta general; es decir, el riesgo asumido por el socio en relación con la aportación realizada en una sociedad está estrechamente relacionado



con la actividad empresarial desarrollada reflejada en el objeto social estatutario por lo que su modificación exige el acuerdo de los accionistas (modificación del contrato fundacional o de los estatutos sociales).

En la Sentencia de 28 de septiembre de 2006, el objeto del recurso de casación, que coincide con el debatido en el pleito, es la venta de un edificio de una sociedad que a tenor del recurrente implica una cesión global del activo y del pasivo que exige para su adopción, conforme establece el artículo 117 LRSL, un acuerdo de la Junta General. El recurrente entiende que se ha infringido lo establecido en la Ley de sociedades de responsabilidad limitada (art. 117) al haber sido acordada la venta del inmueble de forma mancomunada por dos de sus administradores. El Tribunal Supremo considera que este motivo del recurso de casación carece de fundamento. Recuerda el Tribunal que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante recurrida afirma que no se ha probado que se haya producido dicha cesión global del patrimonio y lo motiva razonando que de la Cuenta de Pérdidas y Ganancias se deduce que la sociedad tuvo un ingreso extraordinario probablemente debido a la diferencia entre el precio de la venta del inmueble y la cancelación del crédito con garantía hipotecaria. Y es que, en efecto, para que estemos ante una cesión global de activo y de pasivo es preciso que el patrimonio —todo el patrimonio de la sociedad— sea transmitido de forma conjunta. Es esta la virtud y la función del artículo 117 LRSL, ofrecer un sistema alternativo a la liquidación ordinaria que exige, como sabemos, la liquidación individual de todos los elementos que integran el patrimonio de la sociedad. Así se deduce no solo de la propia ubicación sistemática del precepto sino también de los elementos que caracterizan el procedimiento de cesión.

En nuestro caso, no se ha producido una cesión global de activo y pasivo (art. 81 LME) ya que —sin analizar, otras cuestiones— observamos que no se produjo la transmisión completa de todo el patrimonio social en la ampliación de capital litigiosa y no tenemos datos para poder valorar si se produjo o no una modificación del objeto social que requiriera intervención de la Junta General.

Por lo tanto, entendemos correcta la decisión de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021 enjuiciando la cuestión desde el ámbito de la responsabilidad de los administradores como consecuencia de la infracción del deber de lealtad del administrador, *ex.* artículos 226, 236 y siguientes de la Ley de Sociedades de Capital, con acierto en cuanto a la restitución *in natura*<sup>9</sup>, ya que coincidimos con ALFARO ÁGUILA-REAL<sup>10</sup> cuando afirma que en realidad la responsabilidad de los administradores es de naturaleza contractual (*v.*, SAP Barcelona 19-I-2018 Roj: SAP B 177/2018-ECLI: ES: APB:2018:177; de acuerdo con la STS 4-XI-2011, no cabe la acción merodeclarativa (art. 5 LEC) de la infracción de sus deberes por los administradores) y los remedios generalmente aplicables a la misma no han de diferir en el régimen societario.

Como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2015, en sede de responsabilidad civil general (Id Cendoj: 28079110012015100515): *«Las formas de reparar el daño son la reparación específica o «in natura» y la indemnización por equivalencia. Dentro de las primeras distingue la dogmática, en sede de responsabilidad contractual, entre la reparación «in natura» del daño y el cumplimiento «in natura» de la obligación incumplida. La reparación «in natura» consistirá en reintegrar la esfera jurídica que se ha lesionado a otra persona a su estado anterior a la causación del daño, colocando al damnificado en la situación en la que se encontraría si no se hubiese producido el evento dañoso. Por contra, la reparación por equivalencia, denominada también indemnización y resarcimiento, lo que persigue es que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido*

por el damnificado, a través normalmente de la entrega de una suma de dinero, que se traduce en la prestación del «*id quod interest*». 3. La jurisprudencia (STS de 9 noviembre 1968) se decantó como regla general por el cumplimiento en forma específica, otorgando prelación a la «*restitutio in integrum*» sobre la indemnización con entrega de suma de dinero, declarando (STS de 10 de octubre de 2005) que en nuestro sistema el cumplimiento de la obligación por equivalencia es subsidiario de la satisfacción del acreedor de forma específica. En concreto, tratándose de obligaciones de hacer, la Sentencia de 13 de junio 2005 puso de manifiesto que la reparación «*in natura*» es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera (Sentencias de 2 diciembre 1994; 13 mayo 1996 y 13 julio 2005). Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes esa doctrina legal ha evolucionado permitiendo al perjudicado postular una indemnización por equivalencia en vez de la posible reparación «*in natura*». Afirma la Sentencia de 16 de marzo de 2011 Rc. 1642/2007, reiterándolo la de 25 de marzo de 2015 Rc. 926/2013, que: «Es cierto que, en determinados supuestos se ha señalado la solución contraria, a saber, que la posibilidad de instar la reclamación directa de la indemnización pertinente es una excepción a la regla general del artículo 1098 del Código civil reparación “*in natura*”—(SSTS de 17 de marzo de 1995; 13 de julio y 27 de septiembre de 2005—. Ahora bien, aun en estos casos, se ha mantenido la procedencia de la pretensión resarcitoria por equivalencia, por concurrir una serie de circunstancias, como ocurre en este caso en el que admite la sentencia que hubo un acto de conciliación que terminó sin avenencia. Todo ello como consecuencia racional y lógica de que el fin de la indemnización es tanto como la reparación o compensación y trata de conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa del responsable del daño, en situación igual o al menos equivalente, a la que tenía antes de haber sufrido el daño, y que la solución indemnizatoria es más efectiva en atención a las complicaciones, dilaciones y conflictos que se pueden plantear en el trámite ejecutivo (STS de 21 de diciembre 2010)».

¿Cómo debería haberse afrontado el supuesto en caso de haber estado vigente el artículo 160 LSC en el momento de realización de la ampliación de capital litigiosa y resultara de aplicación al ser activos esenciales los aportados? En el caso analizado y habiendo sido aplicable el referido artículo 160 f LSC, volvemos a opinar que nos encontraríamos ante el falso *procuratus* y ante la aplicación del artículo 1259 del Código civil en consonancia con el TJUE que ha excluido del ámbito de representación de los administradores los supuestos de actuación de los mismos en conflicto de interés, tal y como hemos visto.

A título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007 (RJ 2007, 9063), expone la correcta doctrina en cuanto al alcance del artículo 1259 del Código civil:

«2.º El contrato celebrado sin poder es ciertamente un negocio jurídico incompleto y la ratificación afecta al dueño del negocio, que puede o no aceptarlo para quedar obligado. La Sentencia de 10 junio de 2002 (RJ 2002, 4884) señala que el recurrente «ignora presupuestos de la dogmática jurídica en cuanto que, la sanción del artículo 1259 del Código civil (LEG 1889, 27) , supone, sin más, que ese contrato en la hipótesis —no acreditada como se ha expuesto por la Sala “*a quo*” celebrado a nombre de otro sin su autorización o representación, ni es existente, ni es radicalmente nulo [...]. La Sentencia de 26 de julio de 2001 (RJ 2001, 8428) dice que «[O]bviamente, en cuanto al primer aspecto, no cabe apreciar infracción alguna del artículo 1259, porque este precepto recoge en su párrafo segundo inciso final la eficacia convalidante de la ratificación efectuada por la persona a cuyo

nombre se otorgue un negocio sin su autorización previa, siempre que tenga lugar antes de ser revocado por la otra parte contratante, y si bien dicho precepto no recoge expresamente (a diferencia del artículo 1727) la modalidad de ratificación tácita, esta posibilidad, que se produce cuando el interesado (representado) realiza un comportamiento que objetivamente solo es posible entender con una ratificación y que revela de manera inequívoca la voluntad de ratificar, se halla reconocida por las Sentencias, entre otras, de 25 de marzo de 1968 (RJ 1968, 3408) (cuando resulte de hechos que impliquen necesariamente la aprobación del “dominus”), 22 de diciembre de 1977 (RJ 1977, 4837) (presuncionalmente deducida), 25 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1263) (deducida de datos objetivos de aprobación), y 18 de marzo de 1999 (RJ 1999, 1858), [...].

De esta forma, no sería la restitución *in natura* derivada de la responsabilidad del administrador la acción jurídica a ejercitar para la defensa de los intereses del tercero ante esta ausencia de poder, sino que declarada la inexistencia negocial, ¿qué título legitimador va a ostentar la contraparte del negocio ineficaz para ostentar en su patrimonio las prestaciones a las que hubiera tenido lugar como consecuencia de la conclusión del negocio conflictual inexistente? Claramente, ninguno, asistiendo al socio perjudicado una acción de enriquecimiento injusto.

Nuestro ordenamiento positivo no regula de forma específica el enriquecimiento injusto, aunque en el propio Código civil, se contienen diversas manifestaciones de tal regla, como la prevista en el artículo 1158 y en el propio artículo 1145, lo que no ha sido obstáculo para que haya sido reconocido como fuente de obligaciones por la jurisprudencia que ha aplicado las reglas clásicas —«*nemo debet lucrari ex alieno damno*» (nadie debe obtener lucro del daño ajeno) (D. 4,3,28), «*Nemo cum alterius detrimento locupletior fieri debet*» (Nadie debe enriquecerse en detrimento de otro) (D. 12,6,14)— recogidas en el derecho histórico —«*E aun dixeron que ninguno non deve enriqueserse tortizeramente con daño de otro*» (Séptima Partida Título XXXVIII Regla XVII)—.

Ahora bien, para que haya lugar al enriquecimiento injusto es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: 1) Que el demandado haya experimentado un enriquecimiento, ya sea aumentando su patrimonio, ya evitando su disminución; 2) Que tal incremento carezca de razón jurídica que lo sustente; 3) Que cause un correlativo empobrecimiento del demandante, ya sea provocándole un detrimento patrimonial, ya frustrando una ganancia.

En este caso, entendemos que es posible aplicar la doctrina del enriquecimiento si por la contraparte de la sociedad cuyo administrador ha pretendido contratar incurriendo en un conflicto de interés obtiene una utilidad en ausencia de una relación convencional, como sucedería en este caso de no haber habido ratificación del negocio imperfecto por la Junta General de aquella sociedad.

¿Podría haber responsabilidad del administrador ausente de poder frente a terceros o frente a la sociedad (*dominus negotii*) ej. socio o accionista? Efectivamente, puede darse la existencia de esta responsabilidad por daños, lo que habrá que analizar en cada caso concreto<sup>11</sup>.

¿Existiría alguna incompatibilidad en la acumulación de acciones, enriquecimiento injusto y daños, dado el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento injusto? En nuestra opinión no.

Coincidimos con BASOZÁBAL<sup>12</sup> cuando razona lo siguiente: «Concurso acumulativo o alternativo de pretensiones. Un segundo escenario es el protagonizado por la concurrencia, a partir de los mismos hechos, de acciones diferentes y, en concreto, de las acciones de responsabilidad civil extracontractual y enriqueci-

miento injustificado. Para PASQUAU, esta concurrencia no tiene por qué plantear un problema de subsidiariedad: “dándose eventualmente los presupuestos de una y de otra, el demandante puede elegir la que le resulte más favorable (eso sí, con todas las consecuencias y sin poder saltar de una a otra a lo largo del procedimiento: cfr. STS 5.X.85, con argumentación cuidada)”. En efecto, el concurso de pretensiones no plantea una controversia que haya de resolverse con la subsidiariedad; no hay un problema de jerarquía o especialidad. Ahora bien, el concurso puede ser “acumulativo” o “alternativo”. En el primer caso ambas pretensiones pueden ejercerse simultáneamente; en el segundo, hay que optar por una de ellas, a elección del actor y, por tanto, sin orden de prioridad. El autor parece entender el concurso de las acciones de daño y enriquecimiento como alternativo (el ejercicio de una excluye la otra), pero en mi opinión no es así como debe explicarse la relación entre ambas. El punto de partida no puede ser otro que afirmar que se trata de pretensiones acumulables (más adelante se volverá sobre este punto), porque cada una posee su propia autonomía, requisitos, función, alcance, plazo de prescripción, etc.; ciertamente, es posible que compartan la pretensión material y, en la medida en que lo hagan (y solo en esa medida), la opción por una de ellas excluirá la otra; pero al margen de esa “intersección material”, son pretensiones diferentes, autónomas e independientes, como defiende con acierto la jurisprudencia, por lo que no tiene sentido que el ejercicio de una excluya la otra».

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJ de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997
- STS de 12 de enero de 2006
- STS de 8 de febrero de 2007
- STS de 28 de diciembre de 2007
- STS de 10 de marzo de 2011
- STS de 28 de septiembre de 2015
- SAP de Sevilla de 12 de septiembre de 2007
- SAP de Valencia de 4 de mayo de 2011
- SAP de Barcelona de 28 de abril de 2021
- Resolución de 22 de julio de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL. <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>.
- ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. <https://almacenederecho.org/la-aportacion-una-unidad-economica-puede-hacerse-mediante-aumento-capital>.
- ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.
- BASOZÁBAL ARRUE: <https://almacenederecho.org/la-subsidiariedad-de-la-accion-de-enriquecimiento-injusto>.
- FERNÁNDEZ TORRES. De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las sentencias del

- Tribunal Supremo (sala 1.<sup>a</sup>) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007. *Revista de Derecho de Sociedades*, num. 28/2007, 1.
- PAZ-ARES. URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I.
- REDONDO TRIGO. La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730
- El *falsus procuratus* y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752.
  - La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759.
- RIVERO HERNÁNDEZ. Responsabilidad del *falsus procurator* por no ratificación del contrato celebrado sin poder. *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006.

## NOTAS

<sup>1</sup> REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 513-529.

<sup>2</sup> Propuesta modificada de Quinta Directiva basada en el artículo 54 (3) (g) del tratado CEE referente a la estructura de las sociedades anónimas y a los poderes y obligaciones de sus cargos (presentada por la Comisión al Consejo el 19 de agosto de 1983), preveía lo siguiente:

«4. La falta de autorización por parte del órgano de vigilancia o la irregularidad de la decisión por la que se concede la autorización no podrá oponerse frente a terceros, a menos que la sociedad pruebe que dichos terceros estaban al corriente de la falta de autorización o de la irregularidad de la decisión, o que no podían ignorarlo, teniendo en cuenta las circunstancias».

<sup>3</sup> REDONDO TRIGO. El *falsus procuratus* y los casos de falta de autorización de la Junta General para la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 752, 2015, 3741-3756.

<sup>4</sup> ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo VI. Mercantil. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004, página 520. Con carácter previo, el citado autor (*Vid. op. cit.*) páginas 501 y 502 razona adecuadamente lo siguiente: «...En realidad, hay que volver a la referencia expresa que el artículo 9.1.1. de la Primera Directiva hace a la delimitación legal de competencias. Esta constituye el límite del poder: Si dicha referencia falta en el artículo 129 TRLSA, quizás sea como se ha dicho, porque se tiene por sobreentendido, al ser un presupuesto esencial de la organización social el que cada órgano tiene que operar dentro de su competencia. Sin embargo, a nuestro juicio, se trata de un aspecto fundamental, pues, en definitiva consagra la posibilidad de que cada legislación nacional atribuya competencias oponibles al órgano soberano, pero también que pueda establecer el ámbito del poder de representación de los administradores limitado al objeto social, que es lo que cabalmente hace el artículo 129.1 TRLSA, si debemos presuponer que la norma tiene algún sentido. Ciertamente, por imperativo de la Directiva comunitaria, no se extraen de dicha norma competencial las conclusiones en el orden externo que sean incompatibles con la protección de tercero que haya actuado de buena fe y sin culpa grave. El ámbito del poder orgánico, por tanto, es el resultante en cada Ley nacional, al configurar las competencias de los órganos sociales, y en la nuestra coincide con el objeto social, salvo los supuestos de atribución específica a la Junta General de competencias en la esfera de este (por ejemplo, art. 41 TRLSA)».

<sup>5</sup> REDONDO TRIGO. La filialización de actividades sociales y el derecho de separación en la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2011. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 730, 987-1198.

<sup>6</sup> PAZ-ARES. URÍA-MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 2006, Tomo I, 1483.

<sup>7</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA. <https://almacenederecho.org/la-aportacion-una-unidad-economica-puede-hacerse-mediante-aumento-capital>.

<sup>8</sup> FERNÁNDEZ TORRES. «De nuevo sobre las modificaciones estructurales y las competencias implícitas de la Junta General. A propósito de las sentencias del Tribunal Supremo (sala 1.ª) de 28 de septiembre de 2006 y de 8 de febrero de 2007». *Revista de Derecho de Sociedades*, num. 28/2007, 1.

<sup>9</sup> La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de abril de 2021, concluye sobre el particular lo siguiente: «20. El administrador responde de los perjuicios ocasionados a la sociedad, en este caso, la reintegración se ha de hacer *in natura*, es decir, condenando a deshacer a su costa lo deslealmente hecho. Solo en el caso de no ser posible, el administrador tendrá que reintegrar a sociedad el valor actualizado de los inmuebles, a cambio de recibir las participaciones en las sociedades filiales».

<sup>10</sup> ALFARO ÁGUILA-REAL. <https://almacenederecho.org/la-responsabilidad-los-administradores-frente-la-sociedad-prolegomenos>. Sin embargo, el propio ALFARO ÁGUILA-REAL en esta misma entrada, reconoce que el parecer doctrinal es diferente cuando afirma lo siguiente: No es esta la opinión de la doctrina —quizá— mayoritaria. (V., RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando/MARÍN DE LA BÁRCENA, Fernando, La acción social de responsabilidad en AAVV, La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital», Madrid, 2011) que considera que el régimen de la acción social está completamente dibujado por el Derecho de sociedades:

«En cuanto a la caracterización de la acción social baste señalar que tiene finalidad indemnizatoria, naturaleza societaria y origen legal. La determinación de la naturaleza contractual o extracontractual y, de esta forma, el recurso a las categorías correspondientes del Derecho Privado de Obligaciones para integrar el régimen en lo no regulado carece de interés, ya que el supuesto de hecho fundamentador y las reglas de atribución de responsabilidad orgánica más importantes están determinadas por la Ley (arts. 236 y 237 TRLS) y existe un plazo de prescripción específico (art. 949 CCom)».

<sup>11</sup> *Vid.* en detalle y con extensión sobre el particular. RIVERO HERNÁNDEZ. Responsabilidad del «*falsus procurator*» por no ratificación del contrato celebrado sin poder. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, núm. 3, 2006, 989-1064. Según RIVERO HERNÁNDEZ, nos encontraríamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual, cuando resume su trabajo con el siguiente tenor: «La frustración del contrato del *falsus procurator* por la no ratificación del *dominus* puede comportar perjuicios para el cocontratante, de los que debe responder aquél. Frente a la tesis mayoritaria en nuestra doctrina, que califica esa responsabilidad de precontractual, se defiende en este trabajo que se trata de una responsabilidad distinta y autónoma, más próxima a la culpa *ex* artículo 1902 del Código civil, y basada en la actuación irregular de quien contrata a nombre de otro sin estar autorizado. La reparación podrá ser excepcionalmente *in natura*, si la prestación derivada es fungible, o vía indemnización, que consistirá en general en el interés negativo y, en casos de responsabilidad agravada, en el interés positivo».

<sup>12</sup> BASOZÁBAL ARRUE: <https://almacenederecho.org/la-subsidiariedad-de-la-accion-de-enriquecimiento-injusto>, quien se apoya en lo siguiente: «Se trata de la STS de 12 de abril de 1955 (RJ 1955, 1126) que resolvía un supuesto de intrusión minera en el que la acción de responsabilidad civil extracontractual había prescrito, pero se había concedido la acción de enriquecimiento. El recurrente alegaba que no se había tenido en cuenta la subsidiariedad de la acción de enriquecimiento, puesto que siendo posible acudir a la de daños y habiendo prescrito esta, se debió haber rechazado la de enriquecimiento. La sentencia defiende la sustantividad propia de esta y destaca como notas diferenciales que no debe ser subjetivamente imputada (no hace falta culpa o dolo del demandado) y que gira en torno al enriquecimiento del demandado, no en torno al daño del demandante. Dice sobre la subsidiariedad que «muy nutrida doctrina científica repudia la tesis de que la “condictio”

funcione siempre como norma subsidiaria de derecho, y aunque así no fuera el resultado práctico sería el mismo, ya que a pesar de las múltiples manifestaciones que el Código civil contiene en punto al enriquecimiento ilícito, no hay norma legal ni consuetudinaria que en forma sistemática, general o específica gobierne la acción de enriquecimiento indebido, y así pasa a primer plano de fuente jurídica el principio de que a nadie es lícito enriquecerse a costa de otro...»; y sobre el concurso de pretensiones, que «en el caso de que el hecho de la intrusión minera pudiera ser determinante del ejercicio de diferentes acciones, como la interdictal para retener o recobrar la posesión, reivindicatoria para obtener la devolución del mineral extraído o la sustitutoria del equivalente pecuniario, y la declarativa de culpa, se estaría en presencia de concurrencia de acciones que no tienen orden preestablecido de preferencia y exclusión, por lo que el titular del derecho lesionado podrá ejercitar la que juzgue más adecuada».



### 3. URBANISMO

## La inscripción del cambio de uso por antigüedad

### *Registration of the change of use because of prescription*

por

EUGENIO-PACELLI LANZAS MARTÍN

*Abogado*

**RESUMEN:** Análisis de los requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad del cambio de uso de un edificio o de un piso o local del mismo que no cuenta con habilitación administrativa pero respecto del cual hubieran transcurrido los plazos previstos para el restablecimiento de la legalidad infringida.

**ABSTRACT:** *Analysis of the requirements in order to record in the Land Registry the change of use of a building or one of its flats or premises that do not have administrative authorization but for which the periods foreseen for the reestablishment of the infringed legality have elapsed.*

**PALABRAS CLAVE:** Obra nueva. Edificio. Cambio de uso. Licencia. Antigüedad. Prescripción. Restablecimiento de la legalidad.

**KEY WORDS:** *New construction. Building. Horizontal property. Condominium. Change of use. License. Period. Deadline. Reestablishment of legality.*

Resolución de 21 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

**SUMARIO:** I. RESUMEN DE LOS HECHOS.—II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO.—III. COMENTARIOS: 1. LA BASE LEGAL DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD. 2. LA PROGRESIVA EXTENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD A OTROS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA. 3. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD DE LOS CAMBIOS DE USO. 4. EL *DIES A QUO* DEL PLAZO LEGAL. 5. MEDIOS DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DEL CAMBIO DE USO.

#### I. RESUMEN DE LOS HECHOS

Se presenta una escritura en la cual el propietario de un elemento privativo de una propiedad horizontal que consta en el Registro de la Propiedad como local

de garaje, tras exponer que según la certificación catastral descriptiva y gráfica correspondiente a la finca su destino es el de vivienda, que de los antecedentes en Catastro de dicho inmueble resulta que desde el año 2000 su uso es residencial y que en los Estatutos de la propiedad horizontal de la que forma parte la finca no hay mención alguna en contra del cambio de uso de la finca, declara en consecuencia el cambio de uso a vivienda de dicha finca y solicita su inscripción en el Registro, al amparo de lo dispuesto por el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana y del criterio establecido por esta Dirección General.

El registrador suspende la inscripción por entender que no deben entrar en el tráfico jurídico viviendas que tengan la consideración de infraviviendas por su superficie y condiciones, sobre la base de lo dispuesto en el vigente Plan General de Ordenación Urbana y demás normativa urbanística aplicable, ya que la superficie de la finca no alcanza la superficie definida en dichas normas para tener la consideración de vivienda mínima.

El notario recurrente considera en cambio que procede la aplicación en este caso de la doctrina ya sentada al respecto por la Dirección General (cfr. Resoluciones de 12 de septiembre de 2016 y 27 de marzo de 2019), lo cual incluso reconoce el registrador en su informe, aunque a su entender el hecho de que la superficie mínima de la vivienda sea un dato objetivo y el carácter imprescriptible de la protección del derecho a una vivienda digna reconocido por el artículo 47 de la Constitución española, además de otras consideraciones, impiden la aplicación de esa misma doctrina a este caso.

## II. EXTRACTO DE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO

Interpuesto recurso gubernativo contra la calificación registral, fue estimado por la Resolución de 21 de julio de 2021, objeto del presente comentario, de la que resultan de interés a estos efectos las consideraciones recogidas en los fundamentos de derecho 2 a 5, en los que se recopila la doctrina del Centro Directivo en torno a la inscripción del cambio de uso por antigüedad y que reproducimos seguidamente:

«2. Como se acaba de mencionar, esta Dirección General ya se ha pronunciado en distintas resoluciones sobre el impacto que tiene la normativa urbanística en relación con el cambio de uso de una edificación y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Según dicha doctrina, 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.*, art. 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).

Esta idea se enfatiza afirmando el carácter estatutario del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, así como que su uso, disfrute y explotación ha de hacerse «conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación aplicable por razón de las características y situación del bien» por lo que la edificación solo puede hacerse para «uso o usos determinados».

Finalmente se establece en el artículo 15.1 de la misma ley que «el derecho de propiedad de los terrenos, las instalaciones, construcciones y edificaciones

comprende, con carácter general, cualquiera que sea la situación en que se encuentren, los deberes siguientes: a) Dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística (...).

De la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura, integrando el contorno que delimita su contenido. De ello se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma.

Paralelamente, el denominado aprovechamiento urbanístico, expresión económica del derecho de propiedad urbana, viene directamente determinado por parámetros de edificabilidad y tipología de uso.

El control administrativo sobre si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado a cabo de acuerdo a —entre otros extremos— los usos previstos y aprobados.

La contravención de la normativa urbanística se reprime con la aplicación de las previsiones sobre disciplina con las sanciones contempladas al respecto, pudiendo derivar, además, en actuaciones de restablecimiento de la legalidad infringida.

3. 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).

De este modo se refleja en la inscripción correspondiente el conjunto de usos específicos, de entre los permitidos, a que está destinado el edificio cuya obra nueva se declara. El propio artículo 45 en su inciso inicial aclara que el requisito se aplica tanto a los edificios como a las mejoras que de los mismos se haga.

La inscripción se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición de conformidad con lo previsto en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015.

La correspondencia entre usos autorizados y descripción registral se garantiza, en el primer caso, por la aseveración del técnico competente de que la descripción se ajusta al proyecto para el que se otorgó la autorización. En el segundo, el documento de respaldo se limita a llevar a cabo una descripción que ha de coincidir con la que aparece en el título, pero sin que ello implique concordancia alguna con los eventuales usos posibles dada la eventual prescripción, o caducidad, de las acciones para restablecer la legalidad 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).

Y esto es así porque, aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita puede implicar la exigencia de acreditación de los requisitos exigidos por la normativa urbanística, es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización conduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad.

4. Partiendo de estos argumentos, este Centro Directivo ha afirmado (*vid.*, Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 21 de abril de 2014, 13 de mayo, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 27 de junio de 2018 y 27 de marzo de 2019), que el cambio de uso de la edificación es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, y por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que, de hecho, se dé a la edificación.

Justificada la aplicación del régimen registral sobre edificaciones previsto en el artículo 28 de la actual Ley de Suelo a la constatación registral del cambio de uso de inmuebles, la inscripción que se practique exigirá la acreditación de los distintos requisitos a que se refiere el precepto según que la solicitud se lleve a cabo con aportación de la documentación urbanística a que se refiere su apartado primero o con aportación de aquella otra documentación que acredite la improcedencia de adoptar medidas de restablecimiento de la legalidad urbanística que impliquen su demolición, por haber transcurrido los plazos de prescripción correspondientes (lo que, conforme al art. 236.1 de la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid, se produce por el transcurso de cuatro años), todo ello tal y como previene el apartado cuarto del artículo 28 del vigente texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, en relación con el artículo 52 del Reglamento sobre inscripción de actos de naturaleza urbanística aprobado por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, del que resultan cuatro posibles medios: la certificación del Ayuntamiento, la certificación catastral descriptiva y gráfica, la certificación de técnico competente y el acta notarial, sin que haya una jerarquía entre esos medios (cfr. las Resoluciones de 16 de diciembre de 2013 y 23 de abril de 2014).

Este segundo supuesto es el que concurre en este caso, al dejarse claro en la escritura —por medio de una diligencia extendida en la misma— que el cambio de uso a vivienda cuya inscripción se solicita se realiza por la vía prevista en el artículo 28.4 del texto refundido de la Ley del Suelo, y a él se refieren especialmente las Resoluciones de 5 de agosto y 13 de noviembre de 2013, 12 de septiembre y 30 de noviembre de 2016, 31 de agosto de 2017, 27 de junio de 2018 y 27 de marzo de 2019.

5. 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 LH) 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. Es necesario precisar que, como señalara la Resolución de este Centro Directivo de 27 de marzo de 2019, los antecedentes físico-económicos de un inmueble son datos a los que el registrador puede acceder directamente a través de la Sede Electrónica del Catastro y por tanto pueden ser tenidos en cuenta para su calificación, con fundamento en la Circular 2.03/2017/P, de 27 de octubre, sobre el acceso a la información catastral de la Dirección General del Catastro, el artículo 52.1 del texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, y la Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia, por la que se publica la Resolución conjunta de la Dirección General de los Registros y del Notariado y de la Dirección General del Catastro, por la que se regulan los requisitos técnicos para el intercambio de información entre el Catastro y los Registros de la Propiedad, así como en la doctrina de esta Dirección General (contenida, entre otras, en Resoluciones de 9 de abril y 17 de julio de 2015, 3 de octubre de 2016 y 8 de octubre y 14 de noviembre de 2018), relativa a que el registrador en el ejercicio de su función calificadoradora puede tener en cuenta los datos que resulten de organismos oficiales a los que pueda acceder directamente, no solo para el mayor acierto en la calificación sino también para liberar a los interesados de presentar documentos que puede obtener directamente cuando ello le sea factible sin paralizar el procedimiento registral o cuando sea especialmente útil para el ejercicio adecuado de la calificación registral sobre todo en relación con materias urbanísticas en que debe existir la mayor colaboración y coordinación posible entre Registro y Urbanismo y entre Registro y Catastro.

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 y en consecuencia se cumplen íntegramente los requisitos exigidos por la normativa según la doctrina de esta Dirección General, en los términos que han quedado expuestos».

### III. COMENTARIOS

#### 1. LA BASE LEGAL DE LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE OBRA NUEVA POR ANTIGÜEDAD

Hasta tiempos relativamente frecuentes la inscripción registral de las declaraciones de obra nueva no se encontraba sujeta a control administrativo alguno, como lo prueban las escuetas normas por las que se regía: el artículo 208 de la Ley Hipotecaria (cuyo contenido ha sido sustituido por el vigente art. 202, redactado por la Ley 13/2015, de 24 de junio) y el 308 de su Reglamento, normas en las que no había el menor atisbo de tal control.

Más tarde, la legislación urbanística condicionó el ejercicio del *ius aedificandi* al cumplimiento de una serie de deberes y a la obtención de licencia o autorización de obras por parte de la Administración competente, llegando a afectar a la concepción tradicional del derecho de accesión. Este influjo administrativo se extendió posteriormente a la inscripción de las obras nuevas, que quedó condicionada al cumplimiento de los requisitos emergidos del urbanismo.

De este modo, a partir de la Ley de 1990 de reforma de la Ley del Suelo, la acción administrativa aprovechó en esta materia la idoneidad de las instituciones

notarial y registral para garantizar el cumplimiento de la legalidad urbanística de los actos sometidos a la autorización de los notarios y a la calificación de los registradores, quienes para desempeñar su respectivo ministerio deben desde entonces comprobar el cumplimiento de los requisitos de aquella naturaleza.

La inscripción de las declaraciones de obra nueva puede obtenerse en la actualidad a través de una doble vía: una general y otra especial o excepcional. La regla general consiste, sintéticamente, en que ha de acreditarse el cumplimiento de la legalidad urbanística de la obra mediante la oportuna licencia o autorización exigida por la legislación autonómica aplicable y una certificación expedida por técnico competente, además de otros requisitos, recogidos en el artículo 28 del vigente 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. La regla especial, prevista en el apartado 4 del citado artículo, consiste en la posibilidad de inscribir la declaración de obra nueva sin necesidad del concurso de los anteriores requisitos siempre que se acredite fehacientemente el transcurso, desde la terminación de la obra, del plazo previsto en la legislación del suelo autonómica en cada caso aplicable para el restablecimiento de la legalidad urbanística (es el caso de las llamadas obras antiguas). La antigüedad de la fecha de la terminación de las obras ha de acreditarse mediante certificación expedida por el Ayuntamiento o por técnico competente, acta notarial descriptiva de la finca o certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, documentos en que ha de constar la descripción de dichas obras de manera coincidente con el título.

La regulación legal se encuentra complementada desde el punto de vista registral por el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística, el cual ha de considerarse superado en determinados extremos como consecuencia de las numerosas modificaciones que se han ido sucediendo en la regulación de esta materia en tiempos recientes. En concreto, el artículo 52 es el que se dedica a esta cuestión.

## 2. LA PROGRESIVA EXTENSIÓN DE LA INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD A OTROS ACTOS DE NATURALEZA URBANÍSTICA

La posibilidad de inscripción por antigüedad quedó inicialmente circunscrita por la legislación a las declaraciones de obra nueva. Sin embargo, la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, fue ampliando poco a poco su ámbito de aplicación a la inscripción de otros actos urbanísticos, como son: el cambio de uso de edificaciones o de pisos o locales, la segregación y la división de fincas y la inscripción del régimen de propiedad horizontal y de complejos inmobiliarios.

En esta dirección, la Resolución de 13 de noviembre de 2013 consideró posible la inscripción, por la vía de la antigüedad, de los cambios de uso de un local comercial a vivienda aportando certificación expedida por arquitecto técnico del que resultaba que el departamento en cuestión llevaba cuarenta años utilizándose como vivienda, justificando así esta posibilidad: «si la inscripción de una obra nueva puede hacerse sin necesidad de aportar licencia en los supuestos previstos por la Ley, del mismo modo puede llevarse su modificación de concurrir las circunstancias legalmente exigibles. Si hemos concluido que el cambio de uso de

la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y que dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, es forzoso admitir que es posible practicar la inscripción sin licencia en los supuestos en que la Ley así lo permite y que vienen contemplados en el artículo 20.4 de la Ley de Suelo», añadiendo que no es óbice a lo anterior el artículo 52 del Real Decreto 1093/1997, «por cuanto es indudable que la inscripción en base a certificado de técnico competente es predicable no solo de la obra nueva sino también de su modificación (*vid.*, Resolución de 6 de abril de 2009). No puede en definitiva afirmarse que el técnico competente solo puede certificar a los efectos de inscribir una obra nueva y no a los efectos de inscribir una modificación de la misma como resulta sobradamente de los razonamientos expuestos».

La misma solución respecto del cambio de uso es adoptada en otras resoluciones, como las de 6 de mayo de 2013, 13 de mayo de 2016 y 12 de noviembre de 2016. Según esta última, «en la medida que, como ha quedado expuesto, la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho, por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 de la Ley estatal de Suelo, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho, se dé a la edificación. La aplicación del artículo 28.4, por otra parte, lejos de amparar situaciones contrarias a la legalidad urbanística, constituye un mecanismo que favorece su protección, pues practicada la inscripción, el Registrador ha de comunicar a la Administración su práctica, debiendo dejarse constancia en la nota de despacho y en la publicidad registral, en interés de eventuales terceros».

En segundo término, la Dirección General también extendió la posibilidad de inscripción por antigüedad a los actos de división y segregación de fincas a partir de la Resolución de 17 de octubre de 2014, seguida de otras muchas como las de 5 de mayo de 2015, 26 de mayo de 2015, 5 de mayo de 2016, 7 de marzo de 2017, 2 de agosto de 2017, 19 de febrero de 2018, 13 de febrero de 2019, 11 de junio de 2020, 14 de julio de 2020 y 19 de octubre de 2020<sup>1</sup>.

En tercer lugar, este procedimiento especial de inscripción fue igualmente aplicado a la propiedad horizontal y a los complejos inmobiliarios. Cabe destacar en este sentido la Resolución de 15 de febrero de 2016, según la cual «en el supuesto de hecho de este expediente consta acreditado por declaración expresa del arquitecto compareciente en la escritura de división del elemento independiente del edificio en propiedad horizontal, que la «situación fáctica de individualidad e independencia de ambos elementos privativos se remonta a hace más de ocho años, circunstancia que acredita y certifica por su conocimiento del edificio desde hace años». Además, no consta la existencia de anotación preventiva de iniciación de expediente de disciplina urbanística. Resulta por tanto de aplicación la doctrina sentada por este Centro Directivo para este tipo de casos, procediendo la estimación del recurso en cuanto a este defecto».

La tendencia descrita quedó consolidada por otras muchas resoluciones posteriores, como la de 11 de julio de 2017, que admitió la inscripción por antigüedad de la constitución de un complejo inmobiliario, estableciendo los límites de esta práctica así: «si se pretende el acceso registral por la vía de la prescripción de las facultades de restablecimiento de legalidad urbanística (...), es preciso igualmente un acto administrativo que así lo declare expresamente, o una prueba documental fehaciente al respecto, y en todo caso, identificando claramente la ubicación y delimitación de cada una de las parcelas, ya sean privativas o comunes, resultantes



de tal acto de parcelación supuestamente prescrito, extremo que no concurre en la documentación aportada».

Por fin, las Resoluciones de 25 de abril de 2018 y 1 de junio de 2018 también consideraron admisible esta forma de inscripción respecto de la propiedad horizontal tumbada, y la de 3 de junio de 2019 hizo lo propio respecto de la propiedad horizontal ordinaria.

### 3. FUNDAMENTO DE LA INSCRIPCIÓN POR ANTIGÜEDAD DE LOS CAMBIOS DE USO

A nuestro juicio, la extensión del régimen de inscripción por antigüedad de la declaración de obra nueva a otros actos de naturaleza urbanística puede calificarse, cuando menos, de valiente porque habría de superar dos obstáculos relevantes desde el punto de vista del Derecho civil<sup>2</sup>. El primero de ellos es el carácter excepcional de la regulación de la inscripción de las obras antiguas frente a la regla general de la necesidad de licencia o título habilitante y demás requisitos ordinarios, por lo que su interpretación habría de ser restrictiva de conformidad con el artículo 4.2 del Código civil, que impide la aplicación de las normas de aquel carácter a supuestos distintos de los comprendidos expresamente en ellas. El segundo obstáculo es el contemplado en el apartado 1 del mismo artículo 4, que exige para la aplicación analógica de las normas que el supuesto de hecho de las mismas y aquel otro al que se trate de aplicar su consecuencia jurídica, aun distintos, sean semejantes y que entre ellos exista identidad de razón.

Si bien con relación a otros actos de naturaleza urbanística se echa en falta una regulación expresa que permita aplicar la regla especial con total comodidad, en el caso del cambio de uso de edificaciones o de pisos o locales no parece ofrecer grandes dificultades la admisión de este procedimiento porque cabe apreciar la identidad de razón exigida por el segundo de los preceptos citados respecto de la obra nueva. Como señala la Resolución de 13 de noviembre de 2013, el cambio de uso de la edificación es un acto de modificación de la obra nueva inscrita y dicha situación reconduce a los requisitos para la inscripción de obras nuevas, la ordinaria y la extraordinaria por antigüedad. Por su parte, la Resolución de 12 de noviembre de 2016 aplica la misma solución tras afirmar de manera argumentada que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho.

Estas consideraciones han quedado sobradamente desenvueltas en otras resoluciones posteriores, como la de 21 de julio de 2021, objeto de este comentario, en los términos expresados en los fundamentos de derecho que han quedado transcritos en el apartado II.

En nuestra opinión, son varias las razones que permiten considerar salvados los obstáculos civiles antes aludidos. En primer lugar, el carácter estatutario del derecho de propiedad, unánimemente reconocido en nuestros días, del que se deduce que las normas sobre inscripción de las declaraciones de obra nueva no merecen el calificativo de normas limitativas, sino más bien delimitadoras del contorno ordinario del dominio. No en vano, el artículo 12 del texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, bajo el epígrafe «contenido del derecho de propiedad del suelo: facultades», dispone que «el derecho de propiedad del suelo comprende las facultades de uso, disfrute y explotación del mismo conforme al estado, clasificación, características objetivas y destino que tenga en cada momento, de acuerdo con la legislación en materia de ordenación

territorial y urbanística aplicable por razón de las características y situación del bien». Así pues, la aplicación al uso de los requisitos de la modificación de la declaración de obra nueva tampoco merecería el calificativo de extensiva sino, a lo sumo, de integradora y requiere ciertas adaptaciones, como expusimos en otra ocasión<sup>3</sup>.

En segundo término, el artículo 15.1.a) del mismo texto refundido incluye entre los deberes que comprende el derecho de propiedad de los terrenos, instalaciones, construcciones y edificaciones el de «dedicarlos a usos que sean compatibles con la ordenación territorial y urbanística». Según reconoce la Dirección General<sup>4</sup>, de la regulación legal resulta indubitado que el uso autorizado no es una característica accidental de la edificación, sino que forma parte de su estructura integrando el contorno que delimita su contenido. De aquí se sigue que la alteración del uso permitido implica una alteración del contenido del derecho de propiedad, de la propiedad misma. El control administrativo en torno a si una edificación concreta y determinada puede ser objeto de un uso específico se lleva a cabo con carácter previo mediante la oportuna licencia de edificación y determinación de usos y posteriormente con la licencia de ocupación (u otro título habilitante) que tiene por objeto la verificación de que la edificación autorizada se ha llevado de conformidad con (entre otras cosas) los usos previstos y aprobados. La contravención de la normativa urbanística se reprime mediante la aplicación de las previsiones sobre disciplina a través de las sanciones contempladas al respecto, pudiendo derivar, además, en actuaciones de restablecimiento de la legalidad infringida.

En fin, y como se ha visto anteriormente, el uso de la edificación forma parte esencial de la propia declaración de obra nueva, por lo que es lógico pensar que el cambio ulterior de aquel lleva consigo la modificación de dicha declaración y debe someterse a los requisitos propios de esta. Así lo entiende la Resolución de 21 de abril de 2014 al afirmar que, verificada la inscripción de la declaración de obra nueva en el Registro de la Propiedad con unos usos determinados cuyo reflejo consta en la forma establecida en el artículo 45 del Real Decreto 1093/1997, 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, pues, aunque no siempre una alteración de la descripción de la obra nueva inscrita implica la exigencia de acreditación de los requisitos establecidos por la normativa urbanística, es evidente que la alteración del uso de todo o parte del edificio inscrito cuando la ley urbanística aplicable exija autorización nos conduce a dicho supuesto en cuanto modificación del derecho de propiedad.

Como se observa, la Dirección General parte del esquema propio de las declaraciones de obra nueva al referirse a los requisitos urbanísticos de la inscripción del cambio de uso. En este sentido, ha afirmado de forma reiterada<sup>5</sup> que la constatación registral del cambio de uso de un inmueble es equiparable a la modificación de la declaración de obra inscrita, como elemento definitorio del objeto del derecho; por tanto, su régimen de acceso registral se basará en cualquiera de las dos vías previstas por el artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del Estado de 2015, con independencia del uso urbanístico previsto en planeamiento y el uso efectivo que de hecho se dé a la edificación. También ha señalado en este sentido<sup>6</sup> que la inscripción del cambio de uso se verifica acreditando la concurrencia de los requisitos establecidos por la normativa urbanística o bien acreditando por medio de certificado o documento hábil que han transcurrido los plazos para el ejercicio de las medidas de restablecimiento de la legalidad que impliquen su demolición de conformidad

con lo previsto en la legislación del suelo, en la actualidad, concretamente en el apartado 4 del citado artículo 28 del Texto Refundido de la Ley de Suelo.

#### 4. EL *DIES A QUO* DEL PLAZO LEGAL

La resolución comentada se refiere en su fundamento 7 a la alegación contenida en el informe del registrador relativa al carácter imprescriptible de la protección del derecho a una vivienda digna reconocido por el artículo 47 de la Constitución española, descartando tal consideración al entender que en realidad no se trata de un derecho fundamental sino «un principio rector de la política social y económica, una directriz constitucional dirigida a los poderes públicos» como señala la Sentencia número 32/2019, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional.

De especial interés son las consideraciones que se realizan incidentalmente en el citado fundamento sobre el cómputo del plazo previsto para el ejercicio de la acción de restablecimiento de la legalidad urbanística y, más concretamente, sobre el momento inicial del mismo.

Esta cuestión depende, naturalmente, del tratamiento que en el ejercicio de su competencia legislativa adopte cada comunidad autónoma y del criterio seguido por la jurisprudencia, pudiendo entenderse que, por lo general, en las infracciones consistentes en cambio de uso sin licencia o título habilitante se atiende al momento en que termina de ejercerse el nuevo uso, citando en este sentido la legislación madrileña y la balear y alguna sentencia que considera tal infracción como continuada.

Sin embargo, la Resolución de 21 de julio de 2021, siguiendo la estela de la de 12 de septiembre de 2016, afirma sobre esta cuestión que «sin necesidad de entrar a valorar tal doctrina en sede de infracciones urbanísticas, debe partirse de que como se ha expuesto más arriba, nos encontramos, en sede registral, ante la constatación tabular de la modificación de la declaración de obra inscrita, de unos de sus elementos descriptivos definitorios, lo que precisamente justifica la aplicación analógica de la previsión legal del artículo 28.4», con la consiguiente consideración como día inicial el de terminación de las obras de acondicionamiento del inmueble al nuevo uso.

Para ello se hace eco la constante jurisprudencia que diferencia, en sede de disciplina urbanística, entre los llamados expedientes de reposición o restauración de la legalidad urbanística y los expedientes sancionadores que se incoan como consecuencia de la infracción urbanística cometida y completa la construcción con un argumento lógico: «admitida la procedencia de medidas de reposición de legalidad urbanística frente a los cambios ilegales de uso urbanístico, es evidente la incongruencia de considerar como fecha de cómputo a efectos de caducidad o prescripción, la del cese de la actividad, pues de otro modo carecería de sentido la actuación contra tal situación de hecho».

#### 5. MEDIOS DE ACREDITAR LA ANTIGÜEDAD DEL CAMBIO DE USO

Como acabamos de ver, la Dirección General invoca expresamente la técnica de la analogía para justificar la aplicación al cambio de uso de las reglas de inscripción de las obras antiguas, contenidas en el citado artículo 28.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, el cual contempla como medios para acreditar su

antigüedad una certificación municipal, una certificación catastral, un acta de notoriedad o un certificado expedido por técnico competente, siempre que de ellos se deduzca que desde la fecha de la terminación de las obras ha transcurrido el plazo establecido en cada caso para el restablecimiento de la legalidad urbanística infringida.

Como sucede con toda aplicación analógica de las normas jurídicas o, si se prefiere, con su interpretación integradora, es preciso atender a las diferencias que efectivamente puedan existir entre la institución directamente regulada por ellas y aquella otra sobre la que se pretende aplicar la consecuencia jurídica prevista para la primera, a fin de realizar las adaptaciones precisas.

Así lo entiende el Centro Directivo a la hora de trasladar a las divisiones y segregaciones de fincas el régimen de acreditación de la antigüedad previsto para las obras en la norma citada. En este sentido, la Resolución de 19 de octubre de 2020 afirma que «este último caso de parcelaciones de cierta antigüedad, según se razona, presenta semejanzas con la situación jurídica en que se encuentran las edificaciones que acceden registralmente por la vía del artículo 28.4 de la actual Ley de Suelo que, como prevé el propio precepto, no requiere previa declaración municipal, mas no pueden equipararse completamente, dada la realidad fáctica que presenta la edificación existente, acreditada por certificación técnica, municipal o acta notarial, que por sí demuestra la no ejecución de medidas de restablecimiento de legalidad urbanística y el carácter eminentemente jurídico de la división o segregación, carente en principio de tal apariencia, y que pudo motivar ya un pronunciamiento expreso de la Administración descartando la incidencia de los plazos de restablecimiento de legalidad, sin que pueda constatarse a efectos registrales». Partiendo de esta idea, admite como prueba suficiente de la antigüedad «la declaración administrativa municipal del transcurso de los plazos de restablecimiento de legalidad o su situación de fuera de ordenación o similar; conforme a la respectiva normativa de aplicación, por lo que así debe entenderse la aplicación analógica matizada del artículo 28.4 de la Ley de Suelo». En cambio, la Resolución de 7 de mayo de 2018 parece descartar la certificación catastral descriptiva y gráfica de la parcela de la que pudiera deducirse la antigüedad de la parcelación, así como una certificación expedida por ingeniero técnico agrícola colegiado.

Frente a ello, la aplicación de las normas de inscripción de las obras antiguas a la alteración del uso y, con ellas, la relativa a los medios de acreditación de su antigüedad, discurre con una mayor naturalidad, dada la mayor cercanía existente entre ambas instituciones.

Entre los medios admitidos por la Dirección General a tal fin se encuentra, en primer lugar, el certificado expedido por técnico competente. Así, como vimos, la Resolución de 13 de noviembre de 2013 considera inscribible una escritura por la que los propietarios de determinada finca integrada en un régimen de propiedad horizontal que consta inscrita como local comercial, declaran el cambio de uso a vivienda acompañando una certificación expedida por arquitecto técnico de la que resulta que el departamento descrito lleva cuarenta años utilizándose como vivienda. De igual modo, en el caso contemplado por la Resolución de 12 de septiembre de 2016 se declara inscribible una escritura pública de cambio de uso de local a vivienda de una finca registral con la comparecencia de un arquitecto manifestando que las obras de adecuación finalizaron en 2006 y que, por ello, había prescrito la infracción urbanística.

En segundo lugar, también en varias resoluciones se admite como medio probatorio una certificación o resolución municipal. Es el caso de la Resolución

de 13 de mayo de 2016, que considera como tal medio probatorio una resolución municipal que declara la prescripción de la infracción consistente en la adecuación de un local comercial para el uso de vivienda, denegando la legalización de la vivienda y declarándola en situación de volumen y uso disconforme, o el de la Resolución de 13 de mayo de 2016, que determina la suficiencia a tal fin de una certificación municipal acreditativa de la terminación antigua de las obras de acondicionamiento a vivienda del antes local comercial.

Finalmente, la certificación catastral es admitida también por distintas resoluciones, como la que constituye el objeto de este comentario en los términos expuestos, o la de 27 de marzo de 2019. En este segundo caso, mediante la escritura objeto de la calificación impugnada, los propietarios de un elemento privativo de una propiedad horizontal configurado como local de oficinas declaran que originariamente «fue estudio y actualmente ha cambiado dicha condición a vivienda, por lo que se procede a la nueva descripción de la misma», acompañando certificación catastral, obtenida de la Sede Electrónica del Catastro, que lleva un anexo denominado «Antecedentes en Catastro de un inmueble. Datos físico-económicos», de donde resulta que desde el día 2 de marzo de 1995 hasta el día 18 de octubre de 2010 el inmueble era calificado de la siguiente forma: «Clase: Urbano Uso: oficinas», mientras que a partir del día 18 de octubre de 2010 hasta el momento de la expedición de la certificación (que tuvo lugar el día 6 de noviembre de 2018), el inmueble es calificado como «Clase: Urbano Uso: Residencial».

## NOTAS

<sup>1</sup> Esta última fue objeto de comentario por el autor de estas páginas en *La inscripción de la división y segregación de fincas por antigüedad*, RCDI núm. 783.

<sup>2</sup> Así lo expusimos en el comentario antes citado.

<sup>3</sup> *La constancia registral del cambio de uso de una edificación o de parte de ella*, RCDI núm. 760.

<sup>4</sup> Por ejemplo, en la Resolución de 12 de septiembre de 2016, haciéndose eco de la de 13 de noviembre de 2013 entre otras.

<sup>5</sup> Por ejemplo, en las Resoluciones de 13 de noviembre de 2013 y 21 de abril de 2014.

<sup>6</sup> Resolución de 12 de septiembre de 2016.

RECENSIONES  
BIBLIOGRÁFICAS





EBERS Martin y NAVAS, Susana (eds.), «*Algorithms and Law*», Cambridge University Press, 2020.

por

ISABEL ESPÍN ALBA  
*Profesora titular de Derecho civil*  
*Universidad de Santiago de Compostela*

Las implicaciones jurídicas de las tecnologías vinculadas a la Inteligencia Artificial (IA) son objeto de un movimiento exponencial de investigaciones que reflejan la preocupación por las dificultades de adaptación de las normas vigentes y de creación de futuros marcos jurídicos estables. Para un acercamiento a los ejes jurídicos y éticos de dicha tarea investigadora, sale al mercado *Algorithms and Law* de la prestigiosa editorial Cambridge University Press, una obra rigurosa y con vocación de difusión internacional del conocimiento, en cuanto escrita en inglés por destacados profesores e investigadores en IA y Derecho.

Los editores de la obra, los profesores Martín EBERS y Susana NAVAS, llevan años dedicados a muchas de las cuestiones que son desarrolladas en el libro y, por ello, no extraña la precisa y adecuada selección de los trabajos de expertos que permiten abrir nuevas perspectivas de política legislativa, así como satisfacer la curiosidad intelectual de cualquier lector interesado en temas relativos a la IA y a la tecnología que la acompaña.

En pleno avance de la transformación tecnológica 4.0 de la sociedad, ya son visibles los cambios provocados por el uso de los diferentes tipos de algoritmos en el trabajo, las empresas, sectores estratégicos como la agricultura, sanidad, finanzas, logística, consumo doméstico, creación cultural y un largo etcétera. El «Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial» [COM(2020) 65 final], del 19 de febrero de 2020, manifestaba la necesidad de un enfoque europeo coordinado en torno a las implicaciones éticas y humanas de la inteligencia artificial plasmado en un marco normativo que genere un «ecosistema de confianza» exclusivo. En esa línea, dos Resoluciones del Parlamento Europeo del pasado 20 de octubre establecieron recomendaciones destinadas a la Comisión, por un lado, sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 INL) y, por otra parte, sobre un régimen de responsabilidad civil en materia de inteligencia artificial (2020/2014(INL)).

Pues bien, en *Algorithms and Law*, a lo largo de diez aportaciones, reputados especialistas de diferentes campos del conocimiento comparten la preocupación de cómo debe ser la regulación legal y ética de la IA. Si tomamos como referencia las dos mencionadas resoluciones del Parlamento europeo podremos encontrar en la obra aquí recensionada reflexiones críticas sobre sus principales

recomendaciones en terrenos como seguridad, transparencia, control de riesgos, no discriminación, responsabilidad civil, protección de datos, por citar algunos tópicos.

Una de las mayores dificultades con la que se encuentra un investigador del área de las ciencias sociales y jurídicas al adentrarse en el estudio de las implicaciones éticas y jurídicas de la IA es la comprensión del funcionamiento y potencialidades de las tecnologías implicadas. Por ello, ha sido muy acertado elegir para la apertura de la monografía un capítulo escrito por Sami HADDADIN (Director del TUM, Universidad de Múnich) y Dennis KNOBBE (Doctorando del TUM, Universidad de Múnich) dedicado a la robótica en sus relaciones con la IA. Bajo el título de *Robotics and Artificial Intelligence: The Present and Future Visions*, nos encontramos con la evolución del sentido de inteligencia mecánica y con un repaso sobre las diferentes posibilidades tecnológicas vinculadas a la robótica, con detalladas y didácticas explicaciones que permiten vislumbrar el alcance los problemas teóricos más interesantes planteados por los autores respecto de la inteligencia mecánica, en cuanto disciplina emergente.

Fijados algunos conceptos tecnológicos, Martin EBERS (Universidad de Tartu) abre el grupo de capítulos sobre las cuestiones éticas y jurídicas diseñando un cuadro general de los aspectos más polémicos y que requieren una actuación legislativa más urgente. De todos modos, a pesar de la mencionada urgencia, en ese capítulo 2 —*Regulating AI and Robotics. Ethical and Legal Challenges*— el autor aboga por una política legislativa más reflexiva, que evite una solución uniforme y única para problemas de distinta naturaleza, propugnando un análisis particularizado para cada sector.

Con un sugerente título, *Regulating Algorithms: How to Demystify the Alchemy of Code?*, Mario MARTINI (Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Speyer) propone, en el capítulo 3, diferentes perspectivas que deben estar presentes en el cronograma de las iniciativas legislativas que nos permitan desmitificar los algoritmos y abordar la comercialización de los datos. Presenta un enfoque que tiene en cuenta el usuario final medio que hace un cálculo intuitivo de beneficios en la cesión de sus datos y propugna incentivar regulaciones basadas en la transparencia y en la confianza. En todo caso, queda señalada la advertencia final de que el marco regulatorio no puede actuar como un obstáculo a la innovación tecnológica y que las intervenciones normativas deben centrarse en las cuestiones que representen una auténtica amenaza para los derechos fundamentales.

La protección de datos es la protagonista del capítulo 4, *Automated Decision-Making under Article 22 GDPR: Towards a More Substantial Regime for Solely Automated Decision-Making*, a cargo de Diana SANCHO (Universidad de Leicester), en lo que se refiere a las decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles. La autora reflexiona sobre el artículo 22 del Reglamento Europeo de Protección de Datos, en particular respecto de las nuevas obligaciones de transparencia y responsabilidad de los supervisores que permitirán mantener niveles adecuados de autonomía y control en la era de los algoritmos de aprendizaje automático y de los datos masivos (*Big Data*), aunque reconoce que el eventual fracaso del sistema puede requerir una intervención reguladora más ambiciosa.

Susana NAVAS, catedrática de Derecho civil en la Universidad de Barcelona, cuida, en el capítulo 5, de la responsabilidad civil en el campo de la robótica (*Robot Machines and Civil Liability*) y empieza cuestionando la aplicación de las normas de la responsabilidad civil —del productor por los productos defectuosos y del propietario— a los robots, a partir de la propia delimitación del producto

analizado, internet de las cosas, robots y otras máquinas inteligentes. Pone el foco, por un lado, en el aspecto positivo de la toma de decisiones inteligentes en la disminución de los accidentes y su impacto en el sector de los seguros y, por otro lado y fundamentalmente, demuestra que es una ocasión inmejorable para la puesta al día de las normas comunitarias sobre la responsabilidad civil extracontractual.

El capítulo 6, *Extra-contractual Liability for Wrongs Committed by Autonomous Systems*, continúa en la senda de la adecuación del sistema de responsabilidad civil, para introducir el análisis de temas centrales como la ilicitud, el daño, la negligencia, los riesgos, el error. En efecto, su autora —Ruth JANAL (Universidad de Bayreuth)— aporta una visión general de los regímenes de responsabilidad civil en Alemania, Reino Unido y Francia, para a continuación reflexionar sobre el encaje de las reglas contenidas en dichos sistemas, con el fin de solucionar problemas relacionados con los productos defectuosos, pero escapando de soluciones que propugnan la aplicación de las normas de la responsabilidad por productos defectuosos o la atribución de personalidad jurídica a los robots.

Gerald SPLINDER (Universidad de Göttingen) trata, en el capítulo 7 —*Control of Algorithms in Financial Markets. The Example of High-Frequency Trading*— aspectos de interés para el mercado financiero. El comercio de alta frecuencia es un sistema en el que los algoritmos y el software realizan múltiples transacciones por segundo alcanzando un volumen de beneficios muy superior respecto de otros sistemas de comercio. El uso de algoritmos está reemplazando más que nunca la toma de decisiones humanas y la complejidad de la regulación de este tipo de comercio, con controles previos y a posteriori, lleva al autor a plantearse como cuestión final si dicho marco regulatorio no podría servir de paradigma para otros campos de actuación de los algoritmos.

*Creativity of Algorithms and Copyright Law* es el título del capítulo 8 elaborado por Susana NAVAS, en el que la autora despliega un amplio conocimiento de la materia para proponer sugerentes perspectivas de la creatividad en el campo de la robótica tanto desde el punto de vista de los creadores como de los inversores. Con maestría ofrece pautas indispensables para proporcionar soluciones jurídicas a la atribución de la titularidad originaria de los derechos de autor sobre obras creadas por o a partir de la IA.

Tiene especial interés el abordaje de los investigadores de instituciones norteamericanas, Brian SUBIRANA (Director del MIT Auto-ID Lab), Renwick BIVINGS (estudiante Juris Doctor en la Universidad de Harvard) y Sanjay SARMA (MIT), que en el capítulo 9 tratan del tema “*Wake Neutrality*” of Artificial Intelligence Devices, poniendo el énfasis en cómo deben ser las normas que garanticen la neutralidad tecnológica, con especial referencia a los dispositivos de reconocimiento de voz y los altavoces inteligentes.

Cierra la obra, el trabajo de Björn STEINRÖTTER (Universidad de Potsdam), especialista en protección de datos y en la economía de los datos, titulado *The (Envisaged) Legal Framework for Commercialisation of Digital Data within the EU: Data Protection Law and Data Economic Law As a Conflicted Basis for Algorithm-Based Products and Services*, en el que trae a colación una de las cuestiones más candentes en el escenario jurídico del desarrollo de la Agenda Digital Europea, los datos, personales o no, como objeto de comercialización. Destaca las incongruencias entre una política legislativa de estímulo de la circulación de datos (economía de los datos) y el alto nivel de protección de los datos personales en Europa, dentro del marco del Reglamento Europeo de Protección de Datos.

En suma, puede decirse que estamos en presencia de una obra que con la dosis justa de audacia y con marcado rigor científico abre caminos para el estudio del complejo universo de las relaciones entre Algoritmos y Derecho.

CRESPO GARRIDO, María, «*Fiscalidad post beps: localización del establecimiento permanente de las corporaciones, economía digital e intercambio de información*», Thomson Reuters- Aranzadi, Pamplona, 2020.

por

CARMEN MUÑOZ DELGADO

*Profesora asociada Doctora de Derecho mercantil UNED  
Equipo de coordinación y secretaría académica del Programa de Doctorado  
en Derecho y Ciencias Sociales*

La profesora de Hacienda Pública, María CRESPO GARRIDO, publica una nueva monografía de gran interés, la *Fiscalidad post BEPS: Localización del establecimiento permanente de las corporaciones, economía digital e intercambio de información*. En su obra se enfrenta a una materia siempre debatida en distintos foros, que tras la aprobación por la OCDE del Plan para Evitar la Erosión de Bases impositivas que dio lugar a la publicación de las Acciones BEPS, ha centrado aún más la atención de la doctrina y los operadores jurídicos y económicos en intentar determinar un concepto de establecimiento permanente que contemple todas o al menos el mayor número posible de situaciones, que se manifiestan en la economía actual, de localización del lugar de prestación del servicio.

En este sentido, la autora lleva a cabo un análisis riguroso de la crisis en la que se encuentra la definición del concepto de establecimiento permanente, para todas las empresas, pero especialmente para las que operan digitalmente.

El libro se divide en tres partes. En la primera se analizan los principios rectores de la residencia fiscal, tanto en el ámbito español como en el entorno internacional. En ella se da un amplio repaso a la jurisprudencia española y europea y se aporta una recopilación de doctrina administrativa a través de la cual se exponen los aspectos más cuestionados sobre la residencia fiscal y los casos en los que se aplica la presunción de residencia. Especialmente relevante es la definición del lugar de tributación de las empresas que operan en el ámbito digital, y es a lo que se dedica el segundo capítulo. La monografía concluye con un capítulo dedicado a las buenas prácticas puestas en marcha en el ámbito internacional, que tratan de reducir la erosión de bases impositivas, dirigiéndolas hacia territorios de baja o nula tributación.

La obra que se presenta ofrece una visión panorámica de las principales repercusiones fiscales de las nuevas realidades empresariales que exigen una reformulación del concepto de establecimiento permanente adoptado en la mayoría de las legislaciones tributarias, y en concreto la española. Tras un breve repaso a los tradicionales principios rectores determinantes de la residencia fiscal de personas físicas y jurídicas en la legislación española, se reflejan los puntos más relevantes que ponen en cuestión la validez de los criterios tradicionales. En concreto, se cuestiona si el concepto de núcleo principal de las actividades puede constituir un elemento válido para la localización del lugar de residencia

de ciertas personas físicas, que desarrollan actividades económicas. La autora estudia la jurisprudencia reciente relacionada con el tema, y se centra en casos concretos, como es el de la cantante Shakira, a quien se le cuestionó su residencia fuera del territorio español, a pesar de haber constituido una serie de empresas en territorios *off shore*, a través de las cuales percibía la mayor parte de sus rendimientos.

Por otro lado, en la obra se lleva a cabo un repaso prolijo de la doctrina de la Dirección General de Tributos sobre el tema, estudiando con especial énfasis los casos en los que se producen ausencias temporales del territorio español y se consideran como esporádicas, a efectos del cómputo de los 183 días para que el contribuyente sea considerado como residente en territorio español.

Estas ausencias temporales de los contribuyentes atraen especial atención de las autoridades fiscales, cuando el contribuyente fija su residencia en un territorio de baja o nula tributación.

Por otro lado, se da un repaso a las diferentes circunstancias tratadas en la Acción 7 de BEPS, y especialmente se estudia el lugar de localización del establecimiento permanente cuando se realiza una fragmentación artificiosa de las operaciones, a través de operaciones de carácter auxiliar o preparatorio. El análisis de la Acción 7 de BEPS y del apartado 4 del artículo 5 del Modelo de Convenio OCDE le facilitan a la autora los elementos necesarios para valorar el lugar en el que efectivamente se han producido los rendimientos.

Tras un análisis de la jurisprudencia europea, en la que se estudian el caso Roche, el caso Borax y el caso Dell, y bajo la interpretación dinámica de los Convenios para evitar la doble tributación internacional, la autora analiza en qué lugar deben tributar los resultados de las filiales que actúan bajo la figura de un agente independiente y aquellas que cuentan con un establecimiento permanente virtual en un país distinto al de residencia de su matriz.

En el capítulo dos se abordan los problemas relacionados con el creciente desarrollo de las actividades en red y su repercusión en la localización del establecimiento permanente de estas corporaciones. Microsoft, Apple, Amazon, Facebook, Alibaba, Alphabet y Tencent, generan rendimientos susceptibles de tributación sin que el lugar en el que deban tributar esté claramente determinado. Como se sabe, la fiscalidad tradicionalmente estaba vinculada al lugar en el que se realizan parcial o totalmente las actividades comerciales, y la Acción 1 de BEPS contempla las nuevas formas de gravamen de estas empresas pero, al estar en cuestión el criterio de establecimiento permanente para estas entidades. Habrá que esperar a finales de 2020 cuando se hayan publicado las medidas consensuadas sobre la iniciativa de Pilar 1 y Pilar 2, para tener un criterio unánime. La autora aporta una serie de argumentos que avalan la necesidad de reformular el concepto de establecimiento permanente para las empresas que operan en el ámbito virtual, y que sintetiza en la obra bajo el argumento de que es necesario establecer medidas globales que respondan a los nuevos retos, surgidos en la economía digital, que provocan la deslocalización de rentas, y que puso de manifiesto la obsolescencia de los criterios tradicionales de gravamen.

No obstante, la autora afirma que los problemas específicos relacionados con la economía digital no necesariamente se corregirán por la aplicación de BEPS, pues es imprescindible una coordinación internacional, que en este momento no existe, y una coordinación entre Administraciones que facilite la transparencia. Este asunto se trata en el capítulo tercero de la monografía.

Pero recuperando uno de los argumentos más solventes del texto, es necesario reflexionar sobre la definición del llamado «nexo». Y, aunque es muy complicado

determinar cuál es el nexo que une las empresas de economía digital con un lugar físico estable, es imprescindible establecer un criterio claro para conocer en qué lugar deben tributar las empresas sin necesidad de que exista presencia física. La autora pone en cuestión algunos de los elementos sustantivos para la determinación del lugar de tributación, como son: el valor que tienen los datos intercambiados en la red, cuáles son y cómo se computan las rentas en la red, si este intercambio podría justificar la creación de un nexo y cómo se puede realizar la atribución de beneficios. Cuestión aparte es el gravamen por IVA de las operaciones B2C, ya que se necesita conocer si se realizan compras online de bienes, de bajo valor añadido y los servicios e intangibles vendidos sin IVA o con un IVA inferior al debido.

Finalmente, y tras un análisis exhaustivo de la Directiva 2018/0072(CSN) de 21 de marzo de 2018 (147) por la que se establecen normas relativas a la fiscalidad de las empresas con una presencia digital significativa, la autora afirma que se debe tributar en el lugar en el que se genera valor. La obra concluye que los criterios para la atribución del beneficio depende del umbral de ingresos, que sea superior a 7 millones de euros, que el número de usuarios llegue a los 100 000 y que el número de contratos empresariales sea igual o superior a 3000.

En definitiva, el criterio para la localización del lugar de tributación está ligado a la llamada «presencia digital significativa».

Los nuevos desarrollos legislativos y jurisprudenciales en la Unión Europea se estudian a través del análisis de algunos de los regímenes preferenciales más relevantes, tanto por la cuantía de la cuota tributaria puesta en cuestión, como por el carácter mediático de las empresas afectadas. Se analiza el caso de la tributación de Apple en Irlanda, el caso de Amazon en Luxemburgo y el llamado Tax lease español.

En el ámbito español, la obra le dedica un apartado al recientemente aprobado Impuesto español sobre transacciones digitales, que obliga a que se produzcan modificaciones en la forma de tributación de los ingresos procedentes de los servicios digitales. Aprobado por Ley 4/2020, de 15 de octubre, el Impuesto sobre Determinados Servicios Digitales, responde a la realidad económica en la que las nuevas maneras de hacer negocios se basan en las actividades desarrolladas a distancia, pues la presencia física de los actuales modelos de negocio ha pasado a un segundo plano.

Se estudia la naturaleza indirecta, del impuesto, que grava las prestaciones de determinados servicios digitales en que exista intervención de usuarios situados en el territorio de aplicación del impuesto. Se define el hecho imponible como las prestaciones de servicios digitales realizadas en el territorio de aplicación del impuesto. Y la base imponible está constituida, según el artículo 10, por el importe de los ingresos (excluido el IVA) obtenidos por el contribuyente por cada una de las prestaciones de servicios digitales, que se hayan realizado en el territorio de aplicación del impuesto.

Los anexos son esclarecedores ya que se recoge toda la normativa de referencia de la obra. Y, además, se aporta un prolijo aporte bibliográfico actualizado y amplio, que favorece enormemente la consulta de doctrina relacionada con el tema.

En definitiva, la obra aborda de una manera completa los principales aspectos por los que el concepto de establecimiento permanente está en crisis y analiza algunas de las soluciones que, desde la legislación nacional e internacional, se han aportado para la solución del problema.

Se puede concluir, por tanto, que la profesora CRESPO GARRIDO contribuye con su estudio a la discusión jurídica que esta cuestión ha generado y aporta en su investigación argumentos a tener en cuenta en la evolución del concepto de establecimiento permanente.





# NORMAS DE PUBLICACIÓN

## REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO

### 1. NORMAS FORMALES DE PRESENTACIÓN

Conforme a los criterios de calidad exigidos tanto por las normas del CIN-DOC (Centro de Información y Documentación Científica) como por las de otras importantes bases de datos del ISI (Institute for Scientific Information), y con el fin de conseguir su inclusión en el Journal Citation Reports (JCR), se establecen las siguientes normas de publicación de trabajos en la RCDI.

#### 1.1. Autoría

Los trabajos que se presenten para publicar en RCDI no podrán incluir los datos de autoría dentro del texto de dicho trabajo, con el fin de que se pueda realizar el proceso de evaluación ciega, según el protocolo de la propia Revista.

En la ficha de alta como usuario, que necesariamente debe cumplimentar cada colaborador, se recogerán los datos personales y académicos del autor, datos que serán los que aparecerán en el texto que finalmente se publique.

#### 1.2. Encabezamiento

Al inicio de todos los trabajos deberán constar los siguientes datos:

- Título del trabajo, *en minúsculas*, que deberá reflejar fielmente el contenido de artículo, *en español y en inglés*.
- Resumen del artículo con un máximo de 250 palabras.
- Resumen del artículo en inglés (*abstract*).
- Palabras clave: de 5 a 10 palabras clave.
- Palabras clave en inglés (*key words*).

#### 1.3. Extensión

- Los estudios tendrán una extensión entre 25 a 40 folios.
- Los dictámenes y notas, de 10 a 25 folios.
- Los estudios jurisprudenciales, de 10 a 20 folios.
- Las recensiones bibliográficas, de 2 a 4 folios.

#### 1.4. Tipo de letra

- Tratamiento de texto: Word.
- Tipo de letra: Times New Roman, tamaño: 12 (salvo las Notas, cuyo tamaño será 10).
- Interlineado: Sencillo (*Sin negritas ni subrayados*).
- Alineación de los párrafos: justificado a derecha e izquierda.

#### 1.5. Estructura del trabajo

Además del encabezado, todos deberán contener un Sumario al inicio, que seguirá las siguientes pautas:

- I. EN VERSALES
- II.1. EN VERSALITAS
- III.1.A. *En cursiva*
- IV.1.A.a) En redondo
- V.1.A.a) a') (si lo hubiera). En redondo

El mismo finalizará con unas breves CONCLUSIONES, las cuales deberán ir precedidas por un número romano.

- I.- [...]
- II.- [...]
- III.- [...]

Se añadirá al final del trabajo un ÍNDICE de las resoluciones citadas a lo largo del trabajo siempre en conexión con el tema. Dicha cita se hará con el esquema siguiente:

P. ej. STS de 22 de octubre de 2002. (*Sin puntos en las siglas*).

Por último, contará con un apartado de BIBLIOGRAFÍA, que recogerá las referencias bibliográficas ordenadas alfabéticamente, conforme a la forma expresada en el siguiente apartado.

## 2. NORMAS PARA LA ELABORACIÓN DE REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Para la enumeración de la BIBLIOGRAFÍA específica sobre el tema tratado y para las Notas al final del trabajo, se seguirán las siguientes normas formato

APA (American Psychological Association), contenidas en el Manual de Estilo: *Publication Manual of the American Psychological Association*, disponibles en [www.apastyle.org](http://www.apastyle.org).

- Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:  
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Cuidad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:  
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:  
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

### 3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

#### 3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

#### 3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

**El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.**

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopdc@corpme.es.







Suscripción anual: 104 €  
Número suelto: 25 €

ISSN 0210-0444

