

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO



Año XCVII •

Julio-Agosto

• Núm. 786

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 • Julio-Agosto 2021 • Núm. 786

REVISTA BIMESTRAL



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

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

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

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

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

CONSEJO DE REDACCIÓN

Presidente

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

Comisión ejecutiva

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

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

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

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

Celestino Pardo Núñez
Registrador de la Propiedad

Secretario

Basilio Aguirre Fernández
Registrador de la Propiedad

Consejeros

Fernando Muñoz Cariñanos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

José Manuel García García
Registrador de la Propiedad y Mercantil

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

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

Juan Pablo Ruano Borrella
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Juan Sarmiento Ramos
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Carlos Lasarte Álvarez
Catedrático de Derecho Civil
UNED Madrid

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

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

Fernando Curiel Lorente
Registrador de la Propiedad y Mercantil

Francisco Javier Gómez Gállico
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

- ARNAU MOYA, Federico: «La aplicación de la analogía en las leyes especiales» / *The application of analogy in special laws*..... 2057
- MARTÍN BRICEÑO, María Rosario: «Las obligaciones civiles derivadas de contratos y cuasi contratos con implicaciones penales en el ámbito de los delitos contra el patrimonio: apropiación indebida y administración desleal» / *Civil obligation arising from contracts and quasi contracts with criminal implications in the field of crimes against total assets: misappropriation and unfair administration*..... 2107
- SIMÓN MORENO, Héctor: «La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto» / *Housing squatting and the fundamental and human rights at stake*.... 2161

DICTÁMENES Y NOTAS / LEGAL OPINIONS AND NOTES

- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, Ana: «El concepto de orden público en el Reglamento Bruselas II, Reglamento de alimentos y Reglamento de sucesiones» / *The concept of public order in the Brussels II Regulation, the maintenance and succession Regulations*..... 2213

DERECHO COMPARADO / COMPARATIVE LAW

- ROSABAL ROBAINA, Yuniel: «Luces y sombras de la publicidad material en Cuba» / *Lights and shadows of registration advertising in Cuba*..... 2259

**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 2293

ESTUDIOS JURISPRUDENCIALES / JUDICIAL STUDIES

1. DERECHO CIVIL:

1.1. Parte general:

- «El interés superior del menor y el derecho de retorno
de su progenitor» / *The best interest of the child and
the right of return of their parent*, por Isabel DE LA
IGLESIA MONJE 2379

1.2. Derecho de familia:

- «Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021,
de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos»
/ *Voluntary support measures in Law 8/2021 of June
2: preventive powers and mandates*, por Ana Isabel
BERROCAL LANZAROT 2392
- «La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores
con discapacidad» / *The couple crisis in case of chil-
dren or progenitors with disabilities*, por Juan José
NEVADO MONTERO 2443

1.3. Derechos reales:

- «Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones
en los estatutos de propiedad horizontal» / *Agree-
ments for the establishment of prohibitions in the ho-
rizontal property(condominium) statutes*, por María
GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA 2468

1.4. Sucesiones:

- «La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltra-
to psicológico y desheredación: ¿aplicable también en
los derechos civiles autonómicos?» / *The new doctrine*

	<i>of the Spanish Supreme Court on psychological abuse and disinheritance: also applicable to the regional civil legislations?</i> , por Mónica GARCÍA GOLDAR.....	2482
1.5.	Obligaciones y Contratos:	
	— «Créditos <i>revolving</i> : usura y transparencia» / <i>Revolving credits: usury and transparency</i> , por Beatriz SANZ DE JUBERA HIGUERO.....	2517
1.6.	Responsabilidad civil:	
	— «Responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por el fallecimiento de personas dependientes» / <i>Civil liability of seniors residential care centres for the decease of dependent persons</i> , por Esther MONTEROSO CASADO	2548
1.7.	Concursal:	
	— «La publicidad del auto de declaración de concurso a través del Registro Civil» / <i>The publicity of the insolvency declaration order through the Civil Registry</i> , por Teresa Asunción JIMÉNEZ PARÍS	2565
2.	MERCANTIL:	
	— «Acción de nulidad imprescriptible y la de su resarcimiento prescriptible (usura, nulidad y relevancia del crédito <i>revolving</i>). Parte II» / <i>The imprescriptible action for nullity and its prescriptible compensation (usury, nullity and the relevance of the revolving loan) Part II</i> , por Ramón DURÁN RIVACOBIA y Natalia MUÑOZ CASANOVA	2586
	— «De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores» / <i>Again on the infringement of the duty of loyalty and the scope of the representations of the directors</i> , por Francisco REDONDO TRIGO	2619
3.	URBANISMO: coordinado por el Despacho Jurídico y Urbanístico Laso & Asociados.	
	— «Determinación del aprovechamiento urbanístico de suelos demaniales incluidos en actuaciones de urba-	

nización» / <i>Determination of the urban use of public land included in new urban development</i> , por Vicente LASO BAEZA.....	2636

ACTUALIDAD JURÍDICA / *LEGAL NEWS*

Información de actividades	2655

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS / *BIBLIOGRAPHY INFORMATION*

« <i>El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor</i> », de Isabel DE LA IGLESIA MONJE, por Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ.....	2661
« <i>El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad</i> », de Pedro BOTELLO HERMOSA, por Ana M ^a PÉREZ VALLEJO	2664
« <i>Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable, Estudios Jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación</i> », de M ^a Dolores MAS BADÍA, por Inmaculada HERBOSA MARTÍNEZ	2667

ESTUDIOS

La aplicación de la analogía en las leyes especiales

The application of analogy in special laws

por

FEDERICO ARNAU MOYA
*Profesor contratado doctor Derecho civil.
Universidad Jaume I de Castellón*

RESUMEN: Este artículo analiza la aplicación de la analogía en el caso de las leyes especiales. La regla general en esta materia es que las leyes especiales solo pueden aplicarse analógicamente dentro de su ámbito de aplicación. Sin embargo, esta regla no es absoluta puesto que en ocasiones no es posible aplicar la analogía entre instituciones de una misma ley, además hay casos en los que se admite la aplicación por vía analógica de una norma especial a otra norma especial o a un supuesto carente de regulación como son los contratos atípicos.

ABSTRACT: *This article analyzes the application of the analogy in case of special laws. The general rule in this matter is that special laws can only be applied analogously inside its application ambience. Nevertheless, this rule is not absolute since sometimes it is not possible to apply the analogy between institutions of the same law, in addition, there are cases where the analogueue application of a special standard to another special standard or to an alleged lack of regulation is permitted, such as atypical contracts.*

PALABRAS CLAVE: Analogía. Laguna de la ley. Principios generales del Derecho. Leyes excepcionales. Leyes especiales. Interpretación extensiva. Principio de legalidad.

KEY WORDS: *Analogy. Gaps in the law. General principles of law. Exceptional laws. General laws. Broad interpretation. Principle of legality.*

SUMARIO: I. EL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO.—II. CLASES DE ANALOGÍA: 1. ANALOGÍA *LEGIS* O DE LA LEY. 2. ANALOGÍA *IURIS* O DEL DERECHO.—III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA: 1. LAGUNA DE LA LEY. 2. RELACIÓN DE SEMEJANZA E IDENTIDAD DE RAZÓN ENTRE AMBOS SUPUESTOS.—IV. LÍMITES DE LA ANALOGÍA: 1. LEYES PENALES. 2. LEYES EXCEPCIONALES. 3. LEYES TEMPORALES.—V. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA.—VI. SUPLETORIEDAD DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS LEYES ESPECIALES: 1. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL NO APLICABLES DENTRO DE LA MISMA LEY ESPECIAL. 2. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL APLICABLES ANALÓGICAMENTE A OTRAS LEYES: A) *Aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva*. B) *Aplicación analógica del Derecho de consumo*. C) *Aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al consumo*. D) *Aplicación analógica de los Baremos*.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL PROCEDIMIENTO ANALÓGICO

En nuestro ordenamiento jurídico la analogía está regulada en el artículo 4 del Código civil, ubicado en el capítulo II «aplicación de las normas jurídicas», que a su vez se encuentra dentro del título preliminar del Código civil «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia»¹. En el apartado primero del citado precepto se establece que «procederá la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón»². La aplicación analógica, por tratarse de un mecanismo de integración, requiere de la previa existencia de una laguna normativa que cubrir. Esta necesidad de colmar las lagunas legales es consecuencia del sistema de fuentes previsto en el artículo 1 del Código civil que se cierra con el recurso a los principios generales lo que supone implícitamente el reconocimiento de la inexistencia de lagunas del Derecho³. Este sistema completo fuentes en el que solo caben las lagunas de la ley permite que los jueces y tribunales puedan cumplir con

«el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan» (art. 1.7 CC)⁴.

El título preliminar actúa como un sistema general de establecimiento de las fuentes del Derecho así como de las reglas para su determinación y aplicación. Uno de los caracteres del citado título es que la mayor parte de sus artículos son de aplicación a todo el ordenamiento jurídico⁵. En consecuencia, el método analógico también es aplicable a otras ramas del ordenamiento jurídico excepto aquellas a las que el artículo 4.2 del Código civil prohíbe su aplicación, tal como sucede con las «leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal»⁶. La exclusión de este tipo de normas ya se contempla en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 que sanciona con fuerza de ley el texto articulado del nuevo título preliminar del Código civil donde se hace referencia clara al principio de legalidad. Este hecho tras la publicación de la Constitución —cuatro años después de la reforma del título preliminar —queda refrendado por su artículo 9.3 en el que, entre otros, se garantiza el citado principio de legalidad⁷.

II. CLASES DE ANALOGÍA

1. ANALOGÍA *LEGIS* O DE LA LEY

La doctrina y la jurisprudencia distinguen dos tipos de analogía, la *legis* y la *iuris*. En el primer supuesto hay aplicar una concreta norma a un determinado supuesto de hecho carente de regulación. En la analogía *legis*, normativa o de la ley se procede de lo particular a lo particular⁸. Para algún sector de la doctrina lo que realmente hace el intérprete es acudir a una disposición concreta de la Ley, y tras verificar que el principio que se comprende en esta es aplicable al supuesto de hecho carente de regulación se procede a la trasposición de esta norma al supuesto no regulado⁹. En esta modalidad de analogía es donde tiene su exacta aplicación el aforismo *ubi edadem ratio*¹⁰.

La analogía *legis* es un mecanismo de integración aplicable únicamente a las lagunas existentes en las normas escritas como las leyes y se procede a cubrirlas mediante la aplicación de otra norma perteneciente a otra institución de la misma ley en la que se ha detectado la laguna o incluso de otro cuerpo legal, si bien en este último caso de manera restringida, tal como iremos viendo a lo largo de este trabajo¹¹. A esta clase de analogía es a la que se refiere el artículo 4.1 y, como se ha dicho, se aplica exclusivamente a las normas escritas. La analogía *legis* es de aplicación preferente a las otras fuentes del Derecho contempladas en el artículo 1 del Código civil como la costumbre y los principios generales del Derecho. En consecuencia,

puede afirmarse que la analogía *legis* constituye un refuerzo del principio de legalidad que supone la primacía de la ley sobre el resto de fuentes del Derecho o, dicho en otras palabras, la primacía del Derecho escrito sobre el no escrito¹². No obstante, como se analizará más adelante, antes de proceder a la aplicación analógica se tiene que haber intentado la interpretación extensiva de la norma¹³.

2. ANALOGÍA *IURIS* O DEL DERECHO

La segunda modalidad de analogía es la *iuris* o analogía del Derecho que entra en juego cuando no es posible colmar una laguna normativa ni por interpretación extensiva de la norma, ni mediante la analogía *legis* ni tampoco a través de la costumbre. En este caso, de no existir la analogía *iuris*, nos hallaríamos ante las temidas lagunas del Derecho o del ordenamiento que el legislador ha pretendido evitar a toda costa con la cláusula de cierre de nuestro sistema de fuentes que suponen los principios generales del Derecho. De ahí que se haya dicho que nuestro ordenamiento jurídico ha sido concebido como un sistema cerrado o completo en el que se recurre a la autointegración para dar soluciones para todos los problemas planteados¹⁴.

Mediante la analogía *iuris* se obtiene una nueva norma a partir de las reglas que se contienen en varias normas particulares, que pueden incluso encontrarse en diferentes instituciones, de las que por vía de inducción se extraerá un principio general del Derecho que se aplicará por trasposición al supuesto carente de regulación cubriéndose así el vacío legal¹⁵. De ahí que se haya dicho que en la analogía *iuris* se procede primero de lo particular (norma jurídica) a lo general (principio jurídico) y luego, otra vez de lo general a lo particular (supuesto de hecho no regulado por una norma jurídica)¹⁶.

Las principales diferencias entre ambas modalidades de analogía son las siguientes: en la analogía *legis* se aplica una determinada norma a un supuesto de hecho carente de regulación mientras que en la *iuris* se aplica un principio jurídico que se extrae de un conjunto de normas¹⁷. De ahí que se pueda afirmar, como ya hemos dicho, que en la analogía *legis* se procede de lo particular a lo particular a través de la comparación. Por el contrario, en la *iuris* se opera de particular a lo general y de lo general mediante subsunción se regresa a lo particular¹⁸. Finalmente, en la analogía *legis* no hay que extraer un principio general por inducción, aunque al procederse a través de la trasposición de una norma concreta a un supuesto similar haya que atender a la razón o idea fundamental de la norma¹⁹. La extracción de un principio general es exclusiva de la analogía *iuris* en la que, a diferencia

de la *legis*, no se aplicará ninguna de las normas que se tomaron en consideración para extraer de ellas el principio general²⁰.

El hecho de que el recurso a la analogía *iuris* solo sea admisible en última instancia, tras haber agotado todo el sistema de fuentes, obedece a los postulados de la seguridad jurídica, puesto que esa modalidad de analogía supone la aplicación directa de los principios generales del Derecho²¹. Lo anterior supone que cuando exista laguna legal y esta no pueda cubrirse recurriendo a la analogía *legis*, ni tampoco mediante la aplicación de una costumbre habrá que acudir a los principios generales como fuente del Derecho dentro de los que se inserta la analogía *iuris*²².

En la jurisprudencia no son abundantes las sentencias en las que se haya aplicado la analogía *iuris*; dentro de estas hay que destacar las que durante un breve tiempo mantuvieron la aplicación analógica de las normas del matrimonio a las uniones *more uxorio*²³. Asimismo, también es posible encontrar alguna referencia a la analogía *iuris* en algunas resoluciones relativas a la aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato atípico de distribución exclusiva²⁴.

III. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE LA ANALOGÍA

Los requisitos para la aplicación analógica están contemplados en el artículo 4.1 del Código civil. En primer lugar, se requiere implícitamente la existencia de una laguna legal al decir que procederá «la aplicación analógica de las normas cuando estas no contemplen un supuesto específico». En segundo lugar, se exige que otras normas «regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón». Esto supone que la norma integradora que se pueda aplicar para colmar la laguna legal, regule y de respuesta a un supuesto semejante al específico que carece de regulación. Además, entre ambos supuestos, ha de apreciarse «identidad de razón». Un tercer requisito, consiste en que la norma analógica no se encuentre dentro de las excluidas por el apartado segundo del artículo 4, tal como sucede con «las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal». Todos estos requisitos han venido exigiéndose por la jurisprudencia, así en la STS de 1 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 622), con cita de la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030), se establece que «para aplicar la analogía es necesario, en primer lugar, la existencia de una verdadera laguna legal o, como dice el artículo 4.1 del Código civil, que las normas «no contemplen un supuesto específico»; en segundo lugar, es exigible la similitud jurídica esencial entre el supuesto que se pretende resolver, que no está previsto en las normas, y el ya regulado por estas, debiendo acudirse para resolver el problema al fundamento de la norma y

al de los supuestos configurados; esto es, la «identidad de razón» exigida por el artículo 4.1 del Código civil»²⁵.

1. LAGUNA DE LA LEY

El primer requisito para la aplicación analógica es la existencia de una laguna legal o vacío normativo constituido por la «no previsión por la norma de un supuesto determinado» tal como se dice en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974²⁶, donde también se parte de la premisa de que no hay lagunas del Derecho sino únicamente lagunas de la Ley al decir que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho»²⁷.

Nos encontramos ante una laguna de la ley o laguna normativa cuando un supuesto de hecho carece de una solución directa en el ordenamiento jurídico²⁸. La laguna no solo tiene lugar en el caso de inexistencia de norma que sea directamente aplicable al punto controvertido (laguna de regulación o de contenido) sino también cuando existiendo un precepto directamente aplicable al caso presente una deficiencia (laguna de imperfección técnica o defecto de regulación)²⁹. La existencia de una laguna de contenido presupone que a pesar de haber sido debidamente analizada la ley, el intérprete o el juez no ha hallado solución para la cuestión jurídica planteada por no encontrar en ella la solución legal para resolver el caso³⁰. El recurso a la analogía sirve pues, para dar respuesta a un extremo concreto que no han contemplado las normas escritas cuando proceda la aplicación de estas —que pueden incluso existir pero con esa omisión— y, por ello, la respuesta resulte necesaria³¹. La existencia de un supuesto de hecho no regulado, para que tenga la consideración de laguna ha de suponer que no pueda ser aplicado ni según la letra de la ley ni aplicando el sentido lógico de las normas existentes. De modo que la aplicación analógica solo procederá cuando la norma existente (pero insuficiente) no haya podido ser objeto de interpretación extensiva³². Máxime cuando no exista norma que regule ese supuesto de hecho, como sucede con los contratos atípicos, como el contrato de distribución exclusiva, como veremos más adelante.

2. RELACIÓN DE SEMEJANZA E IDENTIDAD DE RAZÓN ENTRE AMBOS SUPUESTOS

Otro requisito que se exige para la aplicación analógica es la existencia de «semejanza» entre el supuesto de hecho regulado y el que carece de regulación. Cabe entender que la similitud tiene lugar cuando en el primero concurren los elementos esenciales sobre los que puede apoyarse la

regulación del segundo³³. En el supuesto regulado ha de establecerse una consecuencia jurídica que sea aplicable al supuesto semejante pero carente de regulación, es decir que sirva para decidir o dar respuesta a una concreta pretensión, quedando así cubierta la laguna legal³⁴. Sin embargo, no concurre el requisito de la semejanza en el caso de identidad ni en el de disimilitud entre los supuestos de hecho. En el primer caso porque siempre será posible una aplicación igual de la ley y, en consecuencia, no existe laguna sobre la que efectuar la aplicación analógica. En el segundo caso tampoco procede el método analógico puesto que es imposible extender una norma a un supuesto de hecho con el que no concurre el requisito de la semejanza³⁵.

Para la aplicación analógica no es suficiente la existencia de una simple relación de semejanza entre el supuesto regulado y el carente de regulación, puesto que en la proposición final del artículo 4.1 de Código civil se exige que entre ambos supuestos se aprecie «identidad de razón»³⁶. En este sentido se manifiesta la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 al decir que procederá la aplicación analógica «si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o de similitud al supuesto no previsto»³⁷. Lo anterior implica que hay que analizar si los elementos esenciales que caracterizan al supuesto regulado y que constituyen la *ratio iuris* de la norma concurren en el otro caso carente de regulación sobre el que se tiene aplicar la analogía³⁸. De manera que el elemento de identidad no puede ser uno cualquiera, sino aquel que fue tomado en cuenta por el legislador para que una concreta norma regulara un determinado supuesto de hecho, con la que se quiere cotejar la no considerada³⁹. A esto se refiere el artículo 4.1 Código civil cuando utiliza la expresión «identidad de razón», queriendo decir que por contener ambos supuestos de hecho el elemento que lleva al legislador a establecer una determinada norma, la misma tiene que ser de aplicación a ambos casos⁴⁰.

En la jurisprudencia se han utilizado varios criterios que sirven para valorar la suficiencia de la semejanza entre el supuesto regulado y el que carece de ella⁴¹. El primer expediente utilizado es el de la «existencia de “similitud jurídica esencial” entre el supuesto que se pretende resolver, que no está previsto en las normas y el ya regulado por estas, debiéndose acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados; esto es, la “identidad de razón” exigida por el artículo 4.1 del Código civil»⁴². En la doctrina se ha dicho que la «identidad de razón» supone que se tenga en cuenta el principio que informa la norma en el caso de la analogía *legis* o los principios que informan el conjunto normativo del que se extraerá el principio general a aplicar «mediante la analogía *iuris*»⁴³. La segunda justificación, muy similar a la anterior, es la que estima que «existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los

elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado⁴⁴». El tercer criterio utilizado para apreciar la suficiencia de la similitud es la de aplicar el principio «*ubi eadem ratio legis est, ibi eadem iuris dispositio*» (si hay igualdad de razón jurídica, debe haber también identidad de disposición concreta)⁴⁵. Finalmente, en alguna sentencia se ha precisado que la analogía «no sea meramente externa o de semejanza aparente»⁴⁶.

IV. LÍMITES DE LA ANALOGÍA

En nuestro ordenamiento jurídico la permisividad de la aplicación analógica constituye la regla general, si bien se establecen unos límites más allá de los cuales está prohibida⁴⁷. Así se expresa el artículo 4 del Código civil al autorizar, en general, el uso de la analogía, cuando concurren sus requisitos, al tiempo que prohíbe («no se aplicarán») la utilización de la analogía para las normas penales, excepcionales y temporales.

1. LEYES PENALES

La prohibición de la analogía en las leyes penales se justifica en la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 como «la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha de primar exento de incertidumbre o fisuras»⁴⁸. En el artículo 4.1 del Código penal se contempla que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos en ellas» lo que supone la prohibición de la analogía⁴⁹. La proscripción de la aplicación analógica de las leyes penales y de las infracciones administrativas guarda armonía con el artículo 9.3 de la Constitución española que garantiza el principio de legalidad. Esta prohibición también se encuentra implícita en el artículo 25.1 de la Constitución española que establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento»⁵⁰. En consecuencia, no se podrá interpretar analógicamente una norma penal para aplicarla a un supuesto carente de regulación.

El citado artículo 25.1, junto con las normas penales, también menciona directamente a las sanciones administrativas y las sitúa dentro del principio de legalidad. De ahí que en la doctrina se haya admitido que también estén incluidas en la prohibición del artículo 4.2 del Código civil⁵¹. El Tribunal Supremo, poco antes de la publicación de la CE, ya había venido aplicando la prohibición del método analógico para el Derecho administrativo sancionador partiendo de la prohibición explícita en el ámbito del Derecho

penal *ex* artículo 4.2 del Código civil⁵². La justificación se basaba en que «el mismo criterio deber regir para el Derecho administrativo sancionador, por la identidad sustancial entre el ilícito penal y el administrativo»⁵³. El Tribunal Constitucional también ha excluido la aplicación analógica al menos en perjuicio del sancionado (analogía *malam partem*) al aplicársele el Derecho administrativo sancionador⁵⁴. Sin embargo, el rigor del principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución española no es directamente aplicable a las normas sancionadoras del ordenamiento privado tal como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional⁵⁵.

La cuestión de la prohibición de la analogía en las sanciones civiles es más compleja. En un sector de la doctrina, se ha mantenido que las normas prohibitivas⁵⁶ y las normas civiles sancionadoras con pérdida de derechos de determinadas conductas tipificadas y que constituyan *numerus clausus* deben entenderse incluidas en el ámbito restrictivo señalado por el artículo 4.2 del Código civil⁵⁷. Así lo exige su *ratio* que impone no dar al calificativo «penal» una identificación exclusiva con la norma de Derecho penal. En otras palabras, la *ratio* en cuestión lleva a una interpretación extensiva, habida cuenta de que en ningún momento el legislador hace aquella equiparación, si bien el propio Código civil reconoce la «penalidad civil o privación de derechos» en su disposición transitoria tercera⁵⁸. En suma, allí donde se encuentren sanciones civiles informadas por el mismo principio de tipicidad, propio de las normas penales, se producirán todas sus consecuencias y, entre ellas, la imposibilidad de aplicación analógica⁵⁹. Este sería el caso, entre otros, de las causas de exclusión de la patria potestad (art. 111 CC)⁶⁰, la revocación de las donaciones (art. 644 CC), las causas de indignidad para suceder o las causas de desheredación (arts. 851 y sigs. CC). En el ámbito de la LAU son varias la sentencias en las que no se admite la aplicación analógica de preceptos de esa ley arrendaticia si por esa vía se priva de un derecho y aumentan los supuestos tasados de causas de resolución de contrato (art. 114 LAU/64)⁶¹. No obstante, en la doctrina también se ha estimado que con relación a las normas prohibitivas o sancionadoras habrá que distinguir si se presentan como excepción, en cuyo caso estarán incluida dentro de las restricciones del artículo 4.2 del Código civil o si se presenta como regla general en cuyo caso se encontrará dentro del campo del artículo 4.1 y le será de aplicación la analogía⁶².

Es de notar que, en ocasiones el Tribunal Supremo, teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto ha eludido aquellas prohibiciones o restricciones. Este ha sido el caso de las SSTs de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900) y de 30 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 639) en las que se sortea la prohibición de la aplicación analógica y de la interpretación extensiva en un caso de desheredación por maltrato psicológico al decir que «aunque las causas de desheredación sean únicamente las que expresamente señala la ley

(art. 848 CC) y ello suponga su enumeración taxativa, sin posibilidad de analogía, ni de interpretación extensiva; no obstante, esto no significa que la interpretación o valoración de la concreta causa, previamente admitida por la ley, deba ser expresada con un criterio rígido o sumamente restrictivo [...] los malos tratos o injurias graves de palabra como causas justificadas de desheredación (art. 853.2 CC), que, de acuerdo con su naturaleza, deben ser objeto de una interpretación flexible conforme a la realidad social, al signo cultural y a los valores del momento en que se producen. [...] hay que señalar que, en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra»⁶³. No obstante, en nuestra opinión el mecanismo utilizado en estas sentencias, aunque el propio Alto Tribunal lo niegue, ha sido el de la interpretación extensiva puesto que ha ampliado el significado de la expresión maltrato de obra del apartado segundo del artículo 853 del Código civil para incluir dentro del mismo al maltrato psicológico. Así pues, tal como analizaremos más adelante, en el caso de las normas restrictivas o prohibitivas sí que será posible la aplicación de la interpretación extensiva siempre que el nuevo caso aplicable —por tratarse de una norma implícita— guarde identidad de razón con el resto de supuestos que integran la norma.

2. LEYES EXCEPCIONALES

El artículo 4. 2 del Código civil también prohíbe la aplicación analógica de las leyes excepcionales. No obstante, es harto difícil determinar cuándo una norma es excepcional o no, puesto que los confines que delimitan las normas especiales, excepcionales, restrictivas, prohibitivas son muy confusos⁶⁴. Para un amplio sector doctrinal son excepcionales aquellas normas que al regular unos concretos supuestos de hecho se apartan de los principios generales del sector del ordenamiento que regulan estableciendo consecuencias contrarias a las exigencias de aquellos principios⁶⁵. De esta manera se puede afirmar que una norma es excepcional porque en ausencia de la misma la solución aplicable sería la establecida por el Derecho común⁶⁶. Para saber si una norma puede calificarse como excepcional hay que individualizar su contenido y confrontarlo con los principios generales del ordenamiento jurídico⁶⁷. Las normas excepcionales al desviarse de los principios generales no pueden aplicarse analógicamente a otros supuestos no previstos por ellas puesto que carecen de la *eadem ratio*⁶⁸. Así pues, la circunstancia de que dentro del Derecho excepcional no se regule un supuesto de hecho no significa que exista una laguna legal puesto que esta siempre podrá ser regulada por el Derecho general⁶⁹. No obstante, alguna voz discordante entiende que sí

que cabe la aplicación analógica de las normas excepcionales cuando en el supuesto carente de regulación sí que existe semejanza e identidad de razón con el regulado⁷⁰. También se ha dicho que las normas excepcionales, así como las temporales, sí que son susceptibles de interpretación extensiva⁷¹.

La doctrina dentro del concepto de Derecho excepcional ha incluido diferentes supuestos. En primer lugar, aquí tiene encaje el contenido normativo de los Decretos de declaración de alarma, excepción y sitio a los que se refieren los artículos. 116 y 55.1 de la Constitución Española y la *Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio*⁷². Asimismo, los Decretos leyes por su carácter provisional y su limitación a resolver casos de extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE)⁷³.

En segundo lugar, también son leyes excepcionales las normas de Derecho especial, al menos a los efectos de la aplicación analógica. Así puede inferirse a partir de la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 en el que se establece una equivalencia entre normas excepcionales y las leyes especiales al decir que «las Leyes excepcionales, también excluidas, forman el tradicionalmente llamado *ius singulare* que, por constituir una derogación del derecho general para determinadas materias, impide la existencia de lagunas en cuanto lo no expresamente integrado en la norma excepcional queda atendido a la norma general». No obstante, la doctrina mayoritaria estima que la prohibición de la analogía dentro de las leyes excepcionales no debe de regir *ad intra* cuando las mismas puedan ordenarse y constituirse en un sistema como sucede con las normas de Derecho especial⁷⁴. No obstante, como analizaremos más adelante, no puede establecerse la absoluta equivalencia entre normas excepcionales y normas de Derecho singular, puesto que en este último caso no siempre se produce una derogación de los principios del Derecho común, sino una especificación o adaptación de tales principios a una parcela de la realidad⁷⁵. Como analizaremos más adelante, no todas las normas que se encuentran en el seno de una ley especial tienen porqué ser excepcionales. En consecuencia, estimamos que dentro de las leyes especiales es posible admitir la posibilidad de la aplicación analógica de aquellas normas que contienen principios de Derecho general. A lo largo de este trabajo iremos viendo como el Tribunal Supremo, en algunos ámbitos, ha aplicado algunos preceptos de leyes especiales fuera de su ámbito de aplicación, así como en otras no ha estimado procedente la aplicación analógica de algunos preceptos dentro de la propia ley especial por estimar que se trataba de normas excepcionales.

3. LEYES TEMPORALES

Las leyes temporales también quedan fuera de la aplicación del procedimiento analógico por mandato del artículo 4.3 del Código civil. En la expo-

sición de motivos del Decreto 1836/1974 se justifica esta exclusión «porque en modo alguno puede desbordarse en lo más íntimo de su esfera de vigencia y, de otra parte, porque tal circunstancia las dota de un acusado matiz de excepcionalidad». Que la analogía no proceda cuando la ley ha dejado de tener eficacia es claro y comprensible sin más, porque lo contrario llevaría al absurdo de aplicar un precepto no vigente⁷⁶. Las normas temporales por excelencia son las Leyes de Presupuestos Generales del Estado que tienen carácter anual sin perjuicio de que puedan prorrogarse (art. 134.2 CE). Estas leyes difícilmente pueden aplicarse analógicamente puesto que dejan de producir efectos una vez que ha finalizado su periodo de vigencia o su prórroga (cfr. art. 134.4 CE) y, además establecen consecuencias jurídicas temporales⁷⁷. No obstante, en la doctrina se ha cuestionado que por el mero hecho de que una ley tenga carácter temporal deba ser excluida automáticamente de la aplicación analógica. La excepcionalidad dependerá exclusivamente de su oposición a los principios del Derecho general, tal como ya nos hemos referido al hablar de las leyes especiales. En consecuencia, no existirá ningún impedimento para que, pueda extenderse por vía analógica, los efectos de una norma temporal dentro de su periodo de vigencia siempre que no se aprecie excepcionalidad derivada de su contenido⁷⁸. No obstante, sucede que las leyes temporales suelen ser excepcionales, de modo que en este caso la no aplicación de la analogía deriva de la excepcionalidad y no de la temporalidad⁷⁹.

V. ANALOGÍA E INTERPRETACIÓN EXTENSIVA

La interpretación extensiva constituye otro mecanismo para cubrir las lagunas legales. Se aplica la interpretación extensiva cuando dentro de una materia o institución que está regulada no se ha contemplado un supuesto concreto y, en consecuencia, mediante esta técnica la norma se extiende, se amplía a un caso similar no contemplado por esa misma norma o institución⁸⁰. Las diferencias entre la interpretación extensiva y analogía son bastante sutiles por lo que en la doctrina se ha intentado delimitar los contornos de ambas figuras destacando sus diferencias.

En primer lugar, se actúa por la vía de interpretación extensiva cuando se mantiene la norma dentro de su marco institucional, pero se entienden implícitamente incluidos en el supuesto normativo más casos de aquellos que su literalidad encierra⁸¹. El ejemplo por antonomasia de interpretación extensiva consistiría en ampliar la expresión sacerdote del artículo 752 del Código civil para incluir dentro de la misma a los ministros de otras religiones como incapaces para suceder al causante al que han confesado durante su última enfermedad. Por el contrario, la técnica empleada en el caso de la

analogía consiste en trasladar una norma de un marco institucional a otro⁸². Así sucede cuando no se ha previsto un caso dentro de una institución o de una materia, de manera que no puede ser resuelto por interpretación extensiva, es decir ampliando alguno de los preceptos que forman parte de esa institución. De manera que no queda otra opción que la de recurrir a lo previsto en un artículo que, dentro de otra institución, regula un caso similar para cubrir el vacío legal⁸³. Así pues, volviendo nuevamente al ejemplo del confesor del artículo 752 del Código civil, sería un supuesto de analogía cuando se trasladase el citado precepto, situado dentro del marco institucional del régimen jurídico del testamento, a los negocios jurídicos *inter vivos* como la donación y, en consecuencia, se estableciese la nulidad de la donación que el donante hubiese efectuado durante su última enfermedad en favor del sacerdote que le confesó⁸⁴.

En segundo lugar, en la interpretación extensiva se opera con la lógica semántica (interpretar hijos como comprendiendo también a los nietos, por ejemplo) y en la aplicación analógica se actúa a través de los argumentos de lógica decisonal (analogía y sus argumentos derivados)⁸⁵. Así pues, la interpretación extensiva consiste en una discordancia exclusivamente verbal entre la *definitio iuris* y la intención de la propia norma. El legislador no ha dicho todo lo que quería decir, mientras que en el caso de la analogía el legislador al no regular un caso fue porque no pensó todo lo que debió pensar⁸⁶.

La tercera diferencia se refiere a las distintas técnicas utilizadas en ambos mecanismos. En el caso de la interpretación extensiva se amplía el significado de una disposición para incluir dentro de su campo de aplicación supuestos que no se encuentran en la letra del precepto, aunque sí en su espíritu⁸⁷. Es decir, que más que extender la norma a casos no contemplados, lo que hace la interpretación extensiva es poner de manifiesto supuestos que ya estaban contenidos en ella de forma implícita⁸⁸. De manera que en la interpretación extensiva se reconstruye una voluntad legislativa existente mientras que en la analogía se está ante una verdadera laguna que se intenta colmar aplicando indirectamente una norma prevista para otro supuesto de hecho⁸⁹. En algún sector de la doctrina se ha dicho que la aplicación analógica puede suponer la creación de una nueva norma, puesto que la norma traspuesta se está aplicando a unos supuestos de hecho que a pesar de ser similares no son los exactamente comprendidos en ella⁹⁰. Sin embargo, entendemos que si la analogía se produce dentro de los límites del artículo 4 del Código civil no tiene porqué suponer la creación de una nueva norma⁹¹. En consecuencia, de superarse aquellos límites se estaría creando una nueva disposición y, en consecuencia, se estaría produciendo una peligrosa sustitución del monopolio legislativo del Estado por parte de jueces y tribunales⁹². De ahí que, el juzgador, en esa labor creativa ha de actuar con extrema prudencia y no

traspasar los límites del marco diseñado por el tenor literal de la norma que ha de ser traspuesta por analogía⁹³.

En cuarto lugar, entre la analogía y la interpretación existe una diferencia de grado. Porque en la analogía hay que rellenar una laguna de más amplio calado mientras que mediante la interpretación se rectifica una expresión ampliándola conforme al espíritu de la ley⁹⁴. Asimismo, en la analogía hay que extraer una norma de su ámbito o marco normativo propio, para regular otra materia, otra institución no contemplada directamente por aquella norma. De modo que en la analogía se produce un salto lógico *ad extra*, frente al interno o *ad intra* que supone la interpretación puramente extensiva⁹⁵. Esta diferencia de grado se manifiesta en que, en la analogía, además de la existencia de la preceptiva laguna legal, se exige el doble requisito de la *similis ratio* (de semejanza entre la situación regulada y la carente de regulación) y de la *eadem ratio* (una identidad de razón lógica entre la materia regulada y la que carece de régimen jurídico). Por el contrario, en la interpretación extensiva, al tratarse de una norma implícita solo se exige el requisito de la identidad de razón. Este es el motivo por el que los límites que restringen la analogía sean mayores que los de la interpretación extensiva⁹⁶.

Una quinta diferencia, se encuentra en el hecho de que la interpretación extensiva, como su nombre indica, consiste en una modalidad de interpretación, mientras que la analogía se utiliza en ausencia de norma. De modo que no habiendo norma que interpretar se traspone una norma de un ámbito a otro para cubrir un vacío legal.

La importancia de diferenciar entre ambas categorías estriba en que si la interpretación extensiva desborda el marco señalado por la norma objeto de interpretación se estará utilizando la analogía, y no hay que olvidar, que en determinados ámbitos, como sucede en el ámbito penal, la analogía está proscrita⁹⁷. De ahí que en ocasiones se haya utilizado la interpretación extensiva como un subterfugio para eludir la prohibición de la analogía en las leyes penales y excepcionales⁹⁸. En consecuencia, la mayoría de la doctrina mantiene que tampoco cabe la interpretación extensiva en aquellos ámbitos en los que está prohibida la aplicación analógica⁹⁹. Por el contrario, en un sector minoritario de la doctrina —al que nos adherimos— se aboga por la no aplicación de las prohibiciones de la analogía (art. 4.2. CC) a la interpretación extensiva por entender que se trata de dos cosas distintas puesto que la analogía se encuentra en el campo de la integración, mientras que la otra figura se encuentra en el de la interpretación¹⁰⁰. Como ya hemos referido en la interpretación extensiva se trata de poner de manifiesto supuestos que ya estaban contenidos en una norma de forma implícita y por lo tanto es el propio legislador el que de modo indirecto ha admitido, dentro de una norma prohibitiva o restrictiva de derechos, la existencia de otros supuestos.

En el ámbito penal, como consecuencia del principio de legalidad, *ex* artículo 25 de la Constitución la doctrina mantiene que no solo queda prohibida la analogía sino también la interpretación extensiva. No obstante, algún autor restringe esta prohibición al caso en que esta se efectúa en perjuicio del reo «*in malam partem*» y, por el contrario, entiende que queda permitida cuando lo es «*in bonam partem*»¹⁰¹. En parecidos términos se ha manifestado la jurisprudencia¹⁰².

VI. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS LEYES ESPECIALES

La doctrina mayoritaria admite la aplicación analógica de las leyes especiales, si bien únicamente dentro de su ámbito normativo¹⁰³. A esta unanimidad ha colaborado, sin duda alguna que se admitiese de modo expreso el empleo de esta figura en el artículo 8 del Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU/64)¹⁰⁴. De este precepto se ha dicho que trataba de agotar las posibilidades de aplicación de la ley especial, retrasando el recurso al Derecho común¹⁰⁵. No hay que olvidar que hasta la modificación del Título Preliminar en 1974 la analogía no se regulaba de modo expreso en el Código civil. Una segunda coincidencia de la doctrina, si bien implícita en la primera afirmación, se refiere a que las normas de las leyes especiales no son aplicables por analogía a los vacíos legales que se producen en el seno de otras leyes especiales ni tampoco en el Derecho común. Esto es así porque las normas de Derecho especial se apartan de los principios del derecho general. Así pues, se mantiene que en las normas especiales el ámbito de su *ratio* está limitado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante el recurso a la analogía, tal como resulta por aplicación del principio *singularia no sunt extendenda*¹⁰⁶. De modo que, partiendo de esta premisa, no sería técnicamente correcta la aplicación analógica de un precepto de una ley especial a otro ámbito jurídico fuera de esa misma. Así se ha venido reconociendo por la jurisprudencia¹⁰⁷ y por la doctrina¹⁰⁸. Sin embargo, la regla de que las leyes especiales solo pueden aplicarse analógicamente dentro de su ámbito de aplicación no es absoluta, y admite excepciones tanto por defecto como por exceso. En ocasiones, la jurisprudencia —tal como veremos más adelante— no admite la aplicación analógica entre instituciones que se encuentran dentro de una misma ley especial. En otros casos, normas de una ley especial se aplican analógicamente a otras leyes especiales o a supuestos carentes de regulación con son los contratos atípicos. Ambas posibilidades, tanto la de restringir la aplicación analógica dentro de la ley especial como la de expandirla más allá de sus muros están condicionadas por el hecho de que no todas las normas de una

ley especial tienen el mismo grado de excepcionalidad, ni tampoco todos los preceptos de una ley especial tienen carácter excepcional.

1. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL NO APLICABLES DENTRO DE LA MISMA LEY ESPECIAL

Si bien es cierto que la mayoría de las disposiciones que se encuentran en el seno de una ley especial presentan desviaciones con relación al Derecho general, sin embargo, no se puede afirmar que todas las normas de una ley especial tengan la condición de excepcionales. En consecuencia, todas las normas que no sean excepcionales podrán aplicarse analógicamente dentro de esa misma ley especial¹⁰⁹. Un criterio para determinar que preceptos tienen la consideración de excepcionales es su pertenencia a dos tipos: las de privilegio y las que se denominan de «supuesto de hecho exclusivo». El privilegio es una norma que crea una situación jurídica concreta referida a persona o personas determinadas, por lo que los privilegios no pueden ser modelos de conductas ni aplicarse analógicamente¹¹⁰.

De acuerdo con lo anterior podemos afirmar que algunas normas de Derecho especial tienen un doble nivel de excepcionalidad¹¹¹. Por un lado, con relación al derecho general y por otro, incluso con relación a otros preceptos de ese mismo derecho especial. La existencia de normas con un plus de excepcionalidad impide su aplicación analógica a los vacíos legales que se produzcan dentro de otras figuras dentro de esa misma ley especial. Así sucede con la vigente LAU donde en ocasiones no se ha admitido la aplicación analógica de normas relativas a los arrendamientos de vivienda a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda¹¹².

Dentro de la vigente Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU) para la regulación de los arrendamientos de inmuebles urbanos tenemos dos regímenes diferentes, uno aplicable al arrendamiento de vivienda y otro para el arrendamiento para el uso distinto al de vivienda. La regulación de ambas modalidades arrendaticias no lo ha sido con la misma amplitud, de modo que no todos los supuestos regulados para las viviendas tienen su equivalente en los arrendamientos distintos al de vivienda. Ambas clases de arrendamiento tienen una regulación común de carácter principalmente imperativo en los títulos I y IV (art. 4.1 LAU). Los arrendamientos de vivienda se regulan por la voluntad de las partes en el marco del título II de la ley (art. 4.2) y en el caso de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda, se regularán por la voluntad de las partes y en su defecto por lo dispuesto en el título III de la ley (art. 4.3 LAU). En ambos casos se aplicará supletoriamente el Código civil. Así pues, son un total de veintidós preceptos los que regulan los arrendamientos de vi-

vivienda (arts. 6 a 28) mientras que solo siete escasos artículos se ocupan de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda (arts. 29 a 35 LAU). De modo que se hace evidente que muchos de los supuestos de hecho que se regulan en el arrendamiento de vivienda carecen de su equivalente en el arrendamiento para uso distinto al de vivienda. De ahí que podría pensarse que por tratarse de una ley especial, y que en la anterior ley arrendaticia de 1964 se preveía la aplicación analógica, que todos los preceptos de la ley podrían utilizarse para cubrir los vacíos normativos que se produjesen en su seno. En la jurisprudencia podemos encontrar varios supuestos en los que no se admite la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de vivienda para cubrir los vacíos normativos de los arrendamientos para uso distinto al de vivienda.

Un primer supuesto de esa negativa lo constituye el contemplado por la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030). Los hechos que dan lugar a la sentencia consisten en un arrendamiento de local de negocio y durante su vigencia la empresa arrendataria se fusiona con otras del mismo grupo empresarial. En el contrato se autorizaba a la arrendataria la cesión, subarriendo y fusión siempre que se comunicara previamente por escrito a la arrendadora, en caso contrario se sancionaría con la resolución del contrato. En el escrito de demanda la arrendadora, frente al silencio de la arrendataria que no ha comunicado su fusión, no pretende la resolución sino un aumento de la renta del 20% tal como se establece en el artículo 32.2 de la vigente ley de arrendamientos urbanos y en la cláusula 13.^a del contrato de arrendamiento. En primera instancia se desestima la demanda puesto que en la cláusula del contrato, a diferencia del artículo 32.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, no se hacía ninguna referencia al aumento de la renta. Por el contrario, la Audiencia si bien admite como aplicable el citado artículo 32.2, sin embargo, establece que la actualización de la renta solo se producirá a partir del momento en que esta se reclamó a la arrendataria y no desde el momento en que se produjo la fusión. La Audiencia para llegar a esta conclusión aplica analógicamente el artículo 18.3 de la Ley de Arrendamientos Urbanos que establece la irretroactividad de las actualizaciones de la renta en los arrendamientos de vivienda. Finalmente, el Tribunal Supremo estima el recurso de la arrendadora que se oponía a la aplicación analógica al decir que «el contrato que suscribieron las partes es de arrendamiento de local de negocio y no de vivienda y no estamos ante un supuesto de actualización de la renta sino ante el derecho del arrendador a percibir por disposición legal una elevación o incremento de la renta pactada y en vigor como consecuencia de las fusiones efectuadas por la arrendataria con otras entidades de su grupo, como así resulta del contrato y de la propia Ley (art. 32 LAU)—, lo que impide utilizar la analogía para aplicar una normativa prevista para un caso tan concreto, como es el de la

renta de vivienda, a un arrendamiento de local de negocio que las partes excluyeron de su ámbito material. Sin duda, entre uno y otro supuesto no hay identidad de razón porque, precisamente, el legislador quiso que así fuera estableciendo un régimen legal distinto para uno y otro arrendamiento, que las partes conocían y aceptaban desde el momento en que remiten su contenido a la voluntad de una y otra y, en su defecto, a los títulos I, III y V de la Ley de 1994 y, supletoriamente, a lo dispuesto en el Código civil. En ningún caso pactaron una remisión ni al título, ni al artículo que se aplica, ni la previsión de retorno a la propia ley especial [...]». En consecuencia, el Tribunal Supremo no solo admite el derecho de la arrendadora a la elevación de la renta sino también desde el momento en que tuvo lugar la fusión. En la doctrina se ha estimado procedente este razonamiento del Alto Tribunal al no estimar procedente la aplicación analógica de la normativa prevista para un caso concreto como es el de la actualización de la renta del arrendamiento de vivienda *ex* artículo 18.3 LAU a un arrendamiento de los antiguamente conocidos como de local de negocio. Se ha estimado correcto que el Tribunal Supremo aprecie que no concurre identidad de razón entre ambos supuestos habida cuenta de la diferenciación que el legislador hizo para ambas modalidades de arrendamiento¹¹³. Así, pues la STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030) constituye un claro ejemplo de como dentro de una misma ley especial, en ocasiones, no es factible la aplicación analógica cuando los principios de algunos de sus preceptos no son exportables a otros supuestos de hecho carentes de regulación dentro de la misma ley¹¹⁴.

En un segundo grupo de supuestos también se deniega la aplicación analógica dentro de la Ley de Arrendamientos Urbanos. No se admite la trasposición de las previsiones de algunos artículos (los artículos 58.2 LAU/64 y 16.3 LAU/94) a la disposición transitoria tercera de la vigente ley de arrendamientos urbanos para los casos de arrendamientos de locales de negocio celebrados con anterioridad al 9 de mayo de 1985. En la citada disposición se dispone que aquellos contratos continúan regulándose por la ley arrendaticia de 1964 y en el apartado B punto 3 se establece —a grandes rasgos— que los arrendamientos cuyo arrendatario fuera una persona física se extinguirán por su jubilación o fallecimiento, salvo que se subrogue su cónyuge, o un descendiente y continúe la misma actividad desarrollada en el local. En la citada disposición no se indica ni la obligatoriedad de notificar fehacientemente la subrogación ni, en consecuencia, el plazo para hacerla efectiva. De ahí que en algunos pleitos se haya intentado recurrir a la aplicación analógica para cubrir ese vacío legal, por aplicación del plazo de 90 días del artículo 58 LAU/64 para el caso de fallecimiento del arrendatario¹¹⁵. Asimismo, se ha recurrido al plazo de tres meses que el vigente artículo 16.3 LAU establece para notificar la muerte del arrendatario persona física y

el de la persona que se subroga en su posición; transcurrido ese plazo el arrendamiento se extinguirá. El Tribunal Supremo ha consolidado, alrededor de estos supuestos, una línea jurisprudencial que se inicia en la STS de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265), y se continua en las SSTs de 13 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 413) y de 30 de noviembre de 2011 (*RJ* 2012, 3516) al establecerse en la primera de aquellas que «a) no se aprecia la existencia de una laguna legal que justifique la aplicación de la analogía, pues bajo la regulación de la LAU/64, que es la aplicable según la disposición transitoria tercera de la LAU, la jurisprudencia no consideraba necesaria la notificación de la subrogación producida a raíz de fallecimiento del arrendatario de local de negocio; b) aunque no fuera así, cuando la LAU no establece con precisión que la sanción ante la falta de notificación es la resolución del contrato, no puede aplicarse la analogía para anudar a la omisión una consecuencia tan grave, la cual implica la pérdida de derechos del arrendatario; c) en todo caso, la aplicación analógica del artículo 58 LAU 1964, tomado en su integridad, conduciría a la conclusión de que la falta de notificación no podría ser directamente causa de resolución del contrato, sino, a lo sumo, de que, de no tener lugar la notificación en el plazo de 90 días allí fijado, el arrendador estuviese facultado para requerir al nuevo ocupante a fin de que le notificara la subrogación en otros 30 días, con la advertencia de que su falta en dicho plazo sí podría ser motivo de resolución; d) el principio de buena fe exige que el arrendatario comunique la subrogación producida al arrendador para que tenga conocimiento del cambio subjetivo producido en la relación arrendaticia; pero no comporta que la falta de esta notificación legitime para el ejercicio de la acción resolutoria».

No obstante, en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha dictado alguna sentencia en clara contradicción con lo expuesto anteriormente al permitir la aplicación analógica de las normas del arrendamiento de vivienda al arrendamiento de local de negocio. Este es el caso de la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710) en el que por vía analógica se aplica la previsión del artículo 11.2 LAU, respecto a la indemnización en caso de desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento de vivienda, para un arrendamiento de local de negocio¹¹⁶. Sin embargo, a partir de la STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871) se ha producido un cambio de criterio al no estimar la aplicación analógica del artículo 11 LAU para los arrendamientos distintos al de vivienda porque esa «figura que no precisa de tutela específica al estar subordinada a los pactos existentes entre las partes (art. 1255 CC), por lo que no procede una aplicación analógica del precepto al carecer de identidad de razón (art. 4 CC)», añadiendo que «la aplicación del artículo 11 de la LAU que no está previsto para los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desequilibrando el sustrato económico que las partes tuvieron en cuenta para pactar el contrato, alterando las bases del mismo».

2. NORMAS DE DERECHO ESPECIAL APLICABLES ANALÓGICAMENTE A OTRAS LEYES

La doctrina mayoritaria, tal como hemos mencionado, ha establecido como una especie de regla general que la aplicación analógica de las leyes especiales solo es posible dentro de su concreto ámbito de aplicación. Sin embargo, la jurisprudencia en algunos concretos ámbitos sí que aplica analógicamente una ley especial fuera de su ámbito de vigencia, en ocasiones lo hace desde una ley especial a otra, o de una ley especial a un supuesto carente de regulación como son los denominados contratos atípicos. La justificación que se ha utilizado por los tribunales para utilizar esta analogía *per saltum* parte de que no todos los preceptos que forman parte de una ley especial son de derecho excepcional, sino que algunos son la concreción de una norma de derecho general instaurada en el Código civil, así pues, estos preceptos que están informados por un principio de Derecho general sí que pueden aplicarse analógicamente a otros ámbitos normativos¹¹⁷.

En la doctrina también se ha dicho que dentro de las leyes especiales existen «normas relativamente excepcionales» que si bien constituyen derogación de las normas generales del orden superior, sin embargo, pueden considerarse generales a su vez respecto de la materia particular a que vienen referidas¹¹⁸. Sin embargo, estos autores aún a pesar de admitir que estas normas pueden ser objeto de aplicación analógica, no precisan si pueden ser aplicadas fuera del marco normativo de la ley especial.

En la jurisprudencia podemos encontrar varios sectores en los que se ha venido aplicando analógicamente una ley especial fuera de su ámbito¹¹⁹.

A) *Aplicación analógica de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva*

Una de las normas especiales que más ha sido utilizada por vía analógica fuera de su ámbito de aplicación ha sido la *Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia* (en adelante LCA). Algunos de sus preceptos, como los artículos 25, 28, 29 y 30, han sido aplicados por analogía al contrato atípico de concesión o distribución exclusiva¹²⁰. En el caso del artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se permite la resolución unilateral del contrato de agencia de duración indefinida, si bien en su apartado segundo se establecen los plazos de preaviso que serán de un mes por cada año de vigencia del contrato con un máximo de seis meses. En el artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establecen los requisitos para que se genere el derecho a la indemnización por clientela tras la extinción del contrato de agencia, así como la cuantía máxima de la indemnización. En el artículo 29

de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establece una indemnización por los daños y perjuicios causados por la extinción anticipada que no permita la amortización de las inversiones realizadas por el concesionario siguiendo instrucciones del concedente¹²¹. Finalmente, en el artículo 30 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se establecen los supuestos en los que no se tiene derecho a ninguna de las anteriores indemnizaciones. En la doctrina más reciente se ha admitido sin ningún tipo de objeción la aplicación analógica de algunos preceptos de la Ley del Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva¹²². Al tratarse la distribución exclusiva de un contrato atípico se hace patente la existencia de una falta de regulación que ha de ser integrada en ocasiones recurriendo a la analogía¹²³. Sin embargo, de acuerdo con el sentir mayoritario de la doctrina que mantiene la inaplicabilidad de una ley especial fuera de su ámbito de aplicación lo procedente habría sido utilizar el Derecho común para integrar las lagunas del contrato de distribución exclusiva¹²⁴.

La justificación empleada por la jurisprudencia para admitir la aplicación de la analogía de una ley especial, como es el caso de la Ley sobre el Contrato de Agencia, fuera de su estricto ámbito de aplicación ha sido que las normas que se contienen en la Ley 12/1992 no tienen la condición de excepcionales. Así lo ha establecido la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) al decir que «la Ley 12/1992, no es un derecho excepcional, sino especial, para la materia del contrato de agencia. La Ley en cuestión no contiene normas excepcionales, que son las no susceptibles de aplicación analógica, sino una regulación específica para una materia concreta, lo que en modo alguno significa por sí misma una normativa que se aparta o contradice la regulación de las obligaciones y contratos en general»¹²⁵. Esta argumentación, viene a admitir que no todos los preceptos de una ley especial tienen por qué ser excepcionales. En la citada sentencia se estima procedente la aplicación analógica aún a pesar de la distinta naturaleza jurídica de los contratos de agencia y de concesión puesto que existe identidad de razón entre ambos contratos¹²⁶. Esta *eadamen ratio* se encuentra en que «tanto el agente como el concesionario son distribuidores de productos del principal o concedente, actúan en interés del mismo, promoviendo ventas, si bien a través de instrumentos jurídicos distintos»¹²⁷. En consonancia con todo lo anterior, en la STS de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), se reconoce que «en los casos en que estimó concurrente la “identidad de razón” que exige el artículo 4.1 del Código civil para la “analogía *legis*”, la jurisprudencia, tras ponderar la significación jurídica de las condiciones de hecho concurrentes, utilizó ese método de integración del ordenamiento para aplicar al segundo, como atípico, alguna norma reguladora del primero». Esta tesis de que la Ley sobre el Contrato de Agencia no contiene normas excepcionales también ha sido continuada por las SSTs de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639)¹²⁸ y la citada de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427)¹²⁹.

Una nota común a las sentencias en las que se ha venido admitiendo la aplicación analógica de las normas de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución en exclusiva es que esa aplicación no se produce de manera automática, sino que caso por caso debe probarse la concurrencia de los requisitos que la Ley 12/1992 viene exigiendo para que se puedan aplicar los artículos 25, 28 y 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia¹³⁰. El artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se aplicará cuando, en un contrato de distribución exclusiva de duración indefinida no se haya pactado un plazo de preaviso y, en consecuencia, se aplica el previsto en ese precepto¹³¹. Entre los requisitos para la aplicación analógica de la indemnización por clientela *ex* artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia se encuentra la exigencia de que la «clientela sea captada por el propio intermediario y que posteriormente a la resolución se beneficie de ella la demandada»¹³². Asimismo, en la STS de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677) se ha justificado la aplicación analógica en el hecho de que «se infiere del citado artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia y del artículo 34 de la Ley de Arrendamientos Urbanos un principio de nuestro ordenamiento jurídico favorable a la indemnización por creación de clientela y aplicable a los contratos carentes de regulación legal»¹³³.

Así pues, con carácter general se ha venido admitiendo la aplicación analógica al contrato de concesión la compensación por clientela del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia en aquellos casos en los que la actuación del distribuidor a lo largo de la vigencia del contrato ha redundado en beneficio de la actividad del concedente¹³⁴. También se ha venido utilizando el mecanismo de la analogía con el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia¹³⁵, en el que se prevé la denominada «indemnización por inversiones no amortizadas» cuando la resolución unilateral se ha realizado sin justa causa y, además esta precipitación en la extinción de la relación ha provocado esta clase de daños, máxime cuando esos gastos se realizaron por orden, instrucción o sugerencia del empresario. La doctrina también se refiere a estas inversiones como «gastos de confianza»¹³⁶. La jurisprudencia relativa a esta indemnización no es tan extensa como la referida al artículo 28 de la Ley del Contrato de Agencia¹³⁷.

Entre todas las sentencias citadas destaca la STS de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), del Pleno, por unificar la jurisprudencia relativa a la aplicación analógica de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva. A partir de la misma quedará consolidada la posibilidad de fundamentar la indemnización por clientela, no solo en la analogía sino también en el enriquecimiento sin causa, soluciones que habían sido cuestionadas en algunas sentencias aisladas. En esta sentencia la empresa concedente solicitaba que la Sala modificase su jurisprudencia sobre el derecho del distribuidor a una compensación por clientela no fundada en un

incumplimiento del concedente. Como tercer fundamento de la aplicación de la indemnización por clientela, además del enriquecimiento injustificado y el método analógico en esta sentencia se menciona el artículo 1258 del Código civil relativo a la integración del contrato.

B) Aplicación analógica del Derecho de consumo

Un segundo ámbito en el que se ha practicado la analogía de una ley especial fuera de su ámbito de aplicación ha sido con la legislación de consumo, que en ocasiones se ha aplicado a supuestos de hecho regulados por la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación (en adelante LCGC). Así pues, la jurisprudencia, en algunos supuestos —más bien escasos— ha procedido a la aplicación analógica de algunos preceptos del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) a la contratación entre empresarios. Como se ha puesto de relieve por la doctrina se trata de la aplicación analógica a la contratación entre empresarios de las reglas de control de contenido que la legislación de consumo aplica a consumidores y usuarios. Se ha criticado que la jurisprudencia no haya fundamentado de manera elaborada los argumentos con los que admite en este caso la aplicación analógica¹³⁸. Este ha sido el caso de la cláusula general de buena fe (art. 82.1 TRLGDCU) del que alguna sentencia y algún autor han dicho que es aplicable a la contratación entre empresarios si bien no estaría sujeta al control específico de las reglas contenidas en la lista de cláusulas prohibidas (arts. 85 a 90 TRLGDCU). No obstante, algunas de estas cláusulas son aplicables a la contratación entre empresarios a pesar de que el ámbito de aplicación de la ley se refiere a relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios¹³⁹. La justificación de la analogía varía según la clase de cláusula. En las cláusulas de arbitrio discrecional del predisponente también se estima su aplicación a los empresarios. Se trata de nulidades especiales sobre aquellas cláusulas que otorgan al predisponente poderes o competencias de determinación unilateral del contrato, de su obligatoriedad, de su subsistencia o extinción, o que legitiman para decidir unilateralmente cuando se obliga él como deudor y cuando puede desobligarse la otra parte. Las denominadas reglas de lesividad están contenidas en los artículos 85.2, 85.3, 85.4, 85.5, 86.7, 86.8, 86.10; 86.11, 87.6 todos ellos de la vigente Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. No obstante, es viable la aplicación analógica de estos preceptos por cuanto que no son normas de derecho excepcional, sino que se trata de la concreción de las reglas generales del Código civil

contenidas en varios preceptos, tales como el artículo 1115 (nulidad de los contratos sujetos a cláusulas potestativas para una de las partes), el artículo 1256 (nulidad de los contratos en el que su cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes) y, finalmente el artículo 1447 del Código civil (nulidad de los contratos en los que la determinación del objeto se deje al arbitrio de una parte). La aplicación analógica de la normativa de consumidores aplicando su artículo 83 posibilita la nulidad parcial del contrato puesto que de aplicarse el artículo 1256 del Código civil se anularía todo el negocio jurídico¹⁴⁰. Así pues, nuevamente la posibilidad de la utilización de la analogía de algunos preceptos de una ley especial fuera del ámbito de una ley especial viene determinada por el hecho de que esos artículos no constituyen normas excepcionales por tratarse de concreciones de normas generales presentes en el Código civil.

C) Aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al consumo

Un tercer supuesto de aplicación analógica de una ley especial fuera de su concreto ámbito de regulación lo tenemos con las diferentes versiones de las leyes de créditos al consumo. En estas leyes, durante un periodo de tiempo, se ha encontrado una solución para el problema que se originaba en los contratos de préstamo a consumidores, tanto personales como con garantías hipotecarias, cuando se tenía que integrar la cláusula de los intereses de demora cuando han sido declarados abusivos y en consecuencia anulados en virtud de lo establecido en los artículos 83.1 y 85.6 de la ley de consumo. En la jurisprudencia menor, durante bastante tiempo para integrar el contrato y precisar el interés moratorio que debía de ser aplicado al ser anulada la cláusula que contenía el interés de demora abusivo se recurrió a la aplicación analógica del artículo 20. 4 de la Ley 16/2011 de Contratos de Crédito al Consumo (en adelante LCCC) que tenía su equivalente en el artículo 19.4 de la anterior Ley 7/1995 de Crédito al Consumo (en adelante LCC) que establece un tipo máximo de 2,5 veces el interés legal del dinero para los intereses moratorios de los contratos que entran dentro de su ámbito objetivo y subjetivo de aplicación¹⁴¹. Una nota común a todas estas sentencias, es que se ha utilizado directamente la analogía sin haberse realizado ningún tipo de justificación sobre la pertinencia de la aplicación de este mecanismo. En algunas otras sentencias incluso se ha llegado a aplicar directamente los preceptos de las diferentes versiones de la ley de créditos al consumo sin tan siquiera mencionar que se hacía por la vía analógica. El Tribunal Supremo se ha pronunciado en escasas ocasiones sobre la aplicación analógica del artículo 19.4 LCC, pensado para los descubiertos en cuenta corriente, para fijar un límite para los intereses remuneratorios. Este ha sido el caso de la STS

de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296) en la que se declara abusivo el interés moratorio de un préstamo hipotecario del 29% anual y se rebaja a 2,5 veces el interés del dinero¹⁴². Todo ello aun a pesar de que la LCC todavía no se había aprobado cuando se concertó el préstamo; este inconveniente se salva al decir que el nuevo interés «resulta no de la aplicación analógica, ni mucho menos la aplicación retroactiva de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo, sino, como antes se ha dicho, inspirándose en ella, como interpretación, fijando la tasa anual equivalente en 2,5 veces el interés legal del dinero»¹⁴³. El éxito de la aplicación analógica del artículo 19.4 de la Ley de Crédito al Consumo, y de su equivalente el artículo 20.4 de la Ley de Crédito al Consumo, en la jurisprudencia menor no se ha visto correspondido por su aceptación por la doctrina de los autores, donde ha predominado la crítica al empleo analógico de las diferentes versiones de la ley de créditos al consumo para determinar el carácter abusivo de un interés moratorio. La principal crítica consiste en la inexistencia de *eadem ratio* en aquellos casos en que se aplica a los préstamos hipotecarios¹⁴⁴, aunque algún autor parece mantener que no existe ninguna objeción para su utilización fuera de su ámbito de aplicación como orientativo o interpretativo¹⁴⁵.

En la actualidad la necesidad de establecer una referencia para integrar las cláusulas de intereses moratorios que habían sido anuladas por abusivas ha ido desapareciendo como consecuencia de algunas reformas legislativas, si bien todavía en algunos supuestos se hace necesario establecer un límite para determinar a partir de cuando un interés remuneratorio es abusivo. Este ha sido el caso del artículo 83 de la Ley de Consumidores y Usuarios, puesto que, desde su reforma en 2014, ya no permite que las cláusulas abusivas que hayan sido declaradas nulas se integren por la vía del artículo 1258 del Código civil sino que estas se tendrán por no puestas¹⁴⁶. Otra reforma que ha incidido en esta cuestión ha sido la Ley 1/2013 de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios, que ha modificado el artículo 114 LH estableciéndose un interés de demora que no podrá ser superior a tres veces el interés legal del dinero, si bien solo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago en el caso de la adquisición de vivienda habitual. De modo parecido el artículo 25 de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ha establecido un interés de demora equivalente al remuneratorio más tres puntos para los préstamos garantizados con hipoteca para la adquisición de inmuebles para uso residencial por las personas físicas.

Sobre esta materia también han influido varias sentencias del Tribunal Supremo como la Sentencia plenaria de 22 de abril de 2015 (*RJ* 2015,1360) que fija como doctrina jurisprudencial que en los contratos de préstamo sin garantía real concertados con consumidores, es abusiva la cláusula no negociada que fije un interés de demora que suponga un incremento de

más de dos puntos porcentuales respecto del interés remuneratorio pactado. En el caso concreto de la citada resolución se considera abusivos y nulos unos intereses moratorios pactados al 21,80% en un contrato de préstamo personal, además, se establece que no procede la integración de la cláusula declarada abusiva. La novedad de esta sentencia es que se establece como módulo de referencia para determinar la abusividad de los intereses moratorios el previsto para la mora procesal en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil consistente en «adicionar dos puntos porcentuales al interés legal del dinero». Esta corriente doctrinal de la sentencia plenaria ha sido seguida por las SSTs de 7 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3976) y de 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3977) así como por numerosas sentencias de las audiencias provinciales¹⁴⁷. En parecidos términos, se ha establecido esta misma doctrina para los préstamos con garantía hipotecaria celebrados con consumidores aún a pesar del mandato del artículo 114 de la Ley Hipotecaria que establece un límite de los intereses de demora para la adquisición de vivienda habitual que no puede superar en tres veces el interés legal del dinero¹⁴⁸. Así pues, la anterior aplicación analógica del artículo 20.4 de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo, ha dejado de aplicarse, para ser sustituida por la aplicación analógica del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No obstante, en este cambio jurisprudencial se está incurriendo en la misma falta de rigor que cuando se aplicaba el parámetro de las sucesivas leyes de créditos al consumo, puesto nuevamente se está efectuando una aplicación tácita de la analógica sin tan siquiera justificar, caso por caso, si concurren los requisitos que se ha venido exigiendo por la jurisprudencia para la aplicación analógica en general: la existencia de laguna legal, de una norma similar en la que concorra identidad de razón y que se trate de un supuesto no prohibido por el artículo 4.3 del Código civil.

VII. CONCLUSIONES

I. En el ordenamiento jurídico privado español no existen las lagunas del Derecho, puesto que el sistema de fuentes del Derecho del título preliminar del Código civil al establecer los principios generales como pieza de cierre del sistema, así como el mandato a jueces y tribunales de dictar sentencia en todo caso, junto con el reconocimiento expreso de la analogía lo impiden.

II. La inexistencia de las lagunas del Derecho no impide la existencia de los vacíos legales. El mecanismo por excelencia para integrar las lagunas de la ley es la analogía, sin perjuicio que las lagunas también puedan ser colmatadas por el recurso a la interpretación extensiva o la aplicación supletoria del Código civil en su caso.

III. La doctrina y la jurisprudencia admiten la aplicación con carácter general de la analogía siempre que concurran los requisitos de similitud y de identidad de razón. Asimismo, en el Código civil se establecen toda una serie de excepciones en las que no procede la aplicación analógica como sucede con las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal. No obstante, en estos supuestos en los que está prohibida la analogía sí que es posible la interpretación extensiva siempre que se respete la *eadem ratio* entre la norma implícita y el resto de los casos que integren la norma más amplia de la que forman parte.

IV. Las leyes especiales en principio son leyes excepcionales y en principio no pueden ser aplicadas analógicamente. No obstante, la doctrina mayoritaria admite la aplicación analógica de las leyes especiales, si bien únicamente dentro del ámbito de regulación de cada ley. Esta regla general de la aplicación de la analogía intramuros de cada cuerpo normativo, no es absoluta, tal como ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia que ha admitido algunas excepciones. En ocasiones, la analogía se admite con carácter restrictivo incluso dentro de la propia ley, tal como sucede con la LAU en la que en ocasiones no se ha admitido la aplicación analógica de soluciones previstas para el arrendamiento de vivienda al arrendamiento distinto al de vivienda. En otras ocasiones, la excepción ha ido en sentido contrario, traspasando los límites de la ley especial y permitiendo que esta se aplique *per saltum* a los vacíos normativos de otras leyes especiales, como había venido sucediendo con la aplicación de los límites para los intereses de demora de las sucesivas leyes de créditos al consumo a otros supuestos como el de los préstamos hipotecarios regulados por la Ley Hipotecaria. La jurisprudencia también ha permitido la aplicación analógica de las previsiones de una ley especial como la Ley del Contrato de Agencia a supuestos carentes de regulación como el contrato atípico de distribución exclusiva.

V. La posibilidad de restringir la aplicación analógica dentro de una ley especial o de ampliarla excediendo su marco normativo, está condicionado por el carácter excepcional o no del concreto precepto que se pretende aplicar por vía analógica. Lo anterior es posible por el hecho de que no todos los preceptos que se encuentran dentro de una ley especial son necesariamente normas de Derecho excepcional. Así se ha reconocido por la jurisprudencia, especialmente con ocasión de aplicación analógica de normas de la ley del contrato de agencia. El Tribunal Supremo para autorizar el uso de esta analogía *per saltum* parte de que no todos los preceptos que forman parte de una ley especial son de derecho excepcional, sino que algunos son la concreción de una norma de derecho general instaurada en el Código civil, así pues, aquellos preceptos que estén informados por un principio de Derecho general sí que podrán ser aplicados analógicamente a otros ámbitos normativos.

VI. Todos aquellos preceptos de una norma especial que estén informados por un principio de Derecho general podrán aplicarse desde una ley especial a cualquier otra ley especial u otro ámbito de Derecho privado carente de regulación.

VIII. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (*RTC* 2012, 198)
- STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52)
- STC 126/2001, de 4 de junio de 2001 (*RTC* 2001, 126)
- STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (*RTC* 1987, 37)
- STC (pleno) de 23 de febrero de 1984 (*RTC* 1984, 25)
- STC 69/1983, de 26 de julio de 1983 (*RTC* 1983, 69)

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS (S. 3.^a) de 22 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 230)
- STS (S. 3.^a) de 29 de enero de 2020 (*RJ* 2020, 521)
- STS de 1 de marzo de 2019 (*RJ* 2019, 622)
- STS de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533)
- STS de 15 de enero de 2018 (*RJ* 2018, 76)
- STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871)
- STS de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293)
- STS de 8 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3977)
- STS de 7 de septiembre de 2015 (*RJ* 2015, 3976)
- STS de 30 de enero de 2015 (*RJ* 2015, 639)
- SSTs de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900)
- STS de 19 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2531)
- STS (S. 2.^a) de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8064)
- STS de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002)
- STS de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030)
- STS de 3 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2622)
- STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296)
- STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747)
- STS de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265)
- STS de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3303)
- STS, del Pleno, de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393)
- STS de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594)

- STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427)
- STS de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609)
- STS de 27 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 272)
- STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976)
- STS de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677)
- STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148)
- STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710)
- STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639)
- STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305)
- STS de 9 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5672)
- STS de 18 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9560)
- STS de 24 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1167)
- STS (S. 2.^a) de 12 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 73)
- STS de 12 de diciembre de 1995 (*RJ* 1995, 9602)
- STS de 8 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8637)
- STS de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 42309)
- STS de 30 de diciembre de 1994 (*RJ* 1994, 10391)
- STS (S. 2.^a) de 5 de abril de 1989 (*RJ* 1989, 3023)
- STS de 28 de febrero de 1989 (*RJ* 1989, 1409)
- STS de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1839)
- STS de 21 de febrero de 1957 (*AJ* 1957, 401)
- STS de 27 de junio de 1941 (*Ar.* 760)

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002). *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, 15 ed. Barcelona: Bosch.
- BARCELÓ DOMÈNECH, J. (2004). La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *RCDI*, núm. 682, marzo-abril, 473 a 519.
- (2016). Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del tribunal supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 4, febrero de 2016, 289-302.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993). Las parejas de hecho, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea] Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>, BIB 1993,16.
- (2009). Comentario del artículo 4 del Código civil. En AA.VV. *Comentarios al Código civil*, [En línea], Cizur Menor: Aranzadi, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- 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 Doc-*

- trinal Aranzadi Civil-Mercantil, [En línea], núm. 11/2011, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2010, 2217.
- BLASCO GASCÓ, F.P. (2016). *Instituciones de Derecho civil. Parte general. Introducción. La relación jurídica. Sujetos y objeto*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017). *Manual de derecho mercantil*, vol. II, 22.^a ed., Madrid: Tecnos.
- CAPILLA RNCERO, F., (1993). La aplicación de las normas (II). La integración. En MONTES PENEDÉS, V., ROCA TRÍAS, E. y CAPILLA RNCERO, F. *Derecho civil. Parte General. Introducción y fuentes del Derecho civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 175-192.
- CARRASCO PERERA, A. (2005). Arrendamientos urbanos de local de negocio: duración. Reclamación de rentas pactadas. Desistimiento del arrendatario. Comentario a la STS de 20 de mayo de 2004 (*RJ* 2004, 2710), *CCJC*, núm. 68, 603-620.
- (2017). *Derecho de contratos*, Cizur Menor: Aranzadi.
- (2018). *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de Propiedad*, 6.^a ed. Madrid: Tecnos.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a). Analogía e interpretación extensiva: una reflexión (empírica) sobre sus confines, *ADC*, vol. 65, núm. 3, 1001-1073.
- (2012.b). Atribución de la vivienda familiar en las parejas de hecho tras su ruptura: ¿siempre en precario? ¿siempre sin aplicar el artículo 96 del Código civil? Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2011 (*RJ* 2011, 6708)», *Revista de Derecho Patrimonial*, [En línea], núm. 28/2012, 585-608. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2012,180.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S. (1999). *Derecho Penal, Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- CUETO PÉREZ, M. (2008). Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación administrativa*, núm. 280-281, (Ejemplar dedicado a: la potestad sancionadora de las Administraciones públicas I), 95-117.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984). *Derecho civil de España*, (reimpresión). Madrid: Civitas.
- DE PABLO CONTRERAS, P. (2011). Artículo 4 del Código civil. En: A Cañizares Laso, P. de Pablo Contreras y F.J. Orduña Moreno (dirs.), R. Valpuesta Fernández (coord.) *Código civil Comentado. Volumen I*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Civitas, 66-70. Disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es/>.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (2019). Actos de carácter patrimonial en las uniones de hecho: un estudio de la cuestión desde la perspectiva de la experiencia jurídica española. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 11, agosto, 12-63.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- DÍEZ GARCÍA, H. (2011). Sentencia 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296). Ejecución hipotecaria insuficiente y ejercicio posterior de la acción personal del acreedor. Capitalización de intereses y prescripción. Imputación del producto del remate. Intereses moratorios abusivos, *CCJC*, [En línea], núm. 87, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2011,1641.

- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1991). Comentario del artículo 1 del Código civil. En: *Comentario del Código civil*, T.I, Madrid: Ministerio de Justicia 1.
- (1993). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3.^a ed., Madrid: Ariel.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016). *Sistema de Derecho civil. Vol. I. Parte general del Derecho civil y personas jurídicas*, 13.^a ed. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2020). *Curso de Derecho Administrativo I*. 19.^a ed. Cizur Menor: Thomson Reuters.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (1999). *¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?*, *RJN*, núm. 32, 199-356.
- (2002). Analogía entre el matrimonio y la unión libre en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y principio de libre ruptura de las uniones no matrimoniales: la unión libre en la jurisprudencia (y II), *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea] núm. 6/2002 (disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>. BIB 2002, 655, 1-78.
- GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991). Comentario del artículo 4 del Código civil. En: *Comentario del Código civil*, T.I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 29 a 31.
- MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010) *Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch
- LETE DEL RÍO, J.M. (2003). Reflexiones sobre la analogía, *Actualidad civil*, núm. 1, 2003, 99-118.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013). Los intereses moratorios en la Ley 1/2013, o sobre la necesidad de interpretar el artículo 114.III y la Disposición Transitoria 2.^a de la Ley 1/2013 conforme a la Directiva 93/13/CEE, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, [En línea], núm. 7/2013, 184-194, disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/363>.
- MONTES PENADÉS, V. L. (1993). Las fuentes del Derecho (I, II y III). En: MONTES PENEDÉS, V., ROCA TRIAS, E. y CAPILLA RONCERO, F.: *Derecho civil. Parte General. Introducción y fuentes del Derecho civil*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 73-149.
- Comentario al artículo 4. 2 del Código civil. En: *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid: Tecnos, 207-238.
- PANIZA FULLANA, A. (2015). Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar. (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2014. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 2015, disponible en <https://insignis.aranzadidigital.es>, BIB 2015, 2281.
- PÉREZ UREÑA, A.A. (2003). La atribución del uso de la vivienda familiar ante la crisis de las «uniones de hecho» desde la praxis judicial. El artículo 96 del Código civil y el juicio verbal por precario en la nueva LEC, *Revista de Derecho de familia*, núm. 18, 55-68.
- PUIG BRUTAU, J. (1989): *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo Preliminar, Introducción al Derecho, 2.^a ed., Barcelona: Bosch.
- QUINTERO OLIVARES, G. (2010). *Parte General del Derecho Penal*, Cizur Menor: Aranzadi.
- QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F. (2011). Comentario al artículo 4 CP. En: *Comentarios al Código Penal Español*. Tomo I (arts. 1 a 233), (dir. G. Quintero Olivares), Cizur Menor: Aranzadi.

- RAMÓN RIBAS, E. (2014). Interpretación extensiva y analogía en el Derecho penal, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.^a Época, núm. 12, julio, 111-164.
- ROCA TRIAS, E. (1992). Comentario al artículo 4 del Código civil. En *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, EDESA, Vol. 1, núm. 1, 1992; 583-622, disponible en [https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/autor%3A\(ROCA+TRIAS\)/p3/WW/vid/229627](https://app.vlex.com/#search/jurisdiction:ES+content_type:4/autor%3A(ROCA+TRIAS)/p3/WW/vid/229627), 1-39).
- RUBIO TORRANO, E. (2004). Resolución contractual e indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* [En línea], núm. 10, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/BIB/2004/1638>.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013). Comentario a la Sentencia de 20 de julio de 2012. Derecho de elevación de renta consecuencia de la fusión de la empresa arrendataria, *CCJC*, [En línea], núm. 91, 443-468, disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/>
- SABATER BAYLE, E. (2015). Intereses moratorios del 30% en préstamo usurario entre empresarios y particulares. Carga de la prueba de la cantidad entregada. Concurrencia de la Ley de Represión de la Usura con las normas de protección de los consumidores. Delimitación de sus respectivos ámbitos. Nulidad del contrato de préstamo y de las obligaciones accesorias. Restitución de la cantidad prestada. (Comentario a la STS núm. 677/2014 de 2 diciembre)», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, [En línea], núm. 7/, Disponible en: <https://insignis.aranzadidigital.es/BIB/2015/3052>.
- SÁNCHEZ FERRO, S. (1997). Analogía e imperio de la ley, *Anuario de filosofía del derecho*, núm. 13-14, 651-678.
- SERRANO ALONSO, E. (2005). *Introducción al derecho civil*, Madrid: Edisofer.
- SERRANO SANTAMARÍA, A. (2011a). La denuncia unilateral del contrato de distribución y la indemnización por clientela: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7152), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 26, 2011, 311-320.
- (2011b). La resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: Preaviso e indemnizaciones: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3321), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 27, 2011, 229-242.
- (2014). La indemnización por falta de preaviso en la resolución unilateral del contrato de distribución indefinida: en especial, el lucro cesante: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de octubre de 2013, *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 33, 387-396.
- TORRALBA SORIANO, V. (1977). Comentario al artículo 4. 1 del Código civil, en *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Madrid: Tecnos, 194-207.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2012). Contratos del mercado de servicios (II). Contratos de distribución, contratos publicitarios. Contratos de servicios informáticos. En: *Derecho mercantil II*, (dir. J. M. de la Cuesta Rute). Barcelona: Huygens, 117-138.
- VICENT CHULIÁ, F. (2006). *Introducción al Derecho Mercantil*, 19 ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- VILLAR PALASÍ, J.L. (1975). *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos*. Madrid: Tecnos.

NOTAS

¹ La actual regulación de la analogía es consecuencia de la modificación del artículo del Código civil que provocó la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del título preliminar del Código civil desarrollada por el Decreto 1836/1974. El Código antes de la reforma del título preliminar no regulaba de manera directa la analogía, sino que esta se deducía de algunos preceptos como el artículo 6.2 del Código civil así como de los principios generales del Derecho. (Vid. TORRALBA SORIANO, V. (1977, 194 y 203). No obstante, la doctrina ha precisado que el actual artículo 4.º del Código civil regula la analogía *legis*, mientras que la sede de la analogía *iuris* la constituye el régimen propio de los principios generales del Derecho (vid. CAPILLA RÓNCERO, F. (1993, 181).

² DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 479), afirma que el cambio del papel de la analogía se debe a los pandektistas alemanes para los que la analogía hace nacer una nueva regla jurídica en virtud de la unidad orgánica del Derecho. De manera que se generaliza la idea de que la semejanza de un caso con el regulado por una ley (*analogía legis*), o con la regularización de todo el Derecho (*analogía iuris*), hace brotar reglas jurídicas que nacen del mismo ordenamiento jurídico.

³ En la exposición de motivos del Decreto 1836/1974 hay una referencia a las lagunas de la ley y del Derecho al decir que «la formulación de un sistema de fuentes implica la exclusión de las lagunas del Derecho. No ocurre otro tanto con las llamadas lagunas de la ley, que pueden darse, siendo el medio más idóneo y más inmediato de salvarlas la investigación analógica. Esta no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extendible, por consideraciones de identidad o similitud, al supuesto no previsto».

⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 65).

⁵ En este sentido se manifiesta la STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (RTC 1987,37), que desestima el recurso de inconstitucionalidad sobre la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de Reforma Agraria. En su fundamento jurídico 8.º, tras referirse al fraude de ley del artículo 6.4 del Código civil dice que «El citado precepto, como la mayor parte de los que integran el título preliminar, es aplicable a todo el ordenamiento, y solo por tradición histórica, sin duda respetable, conserva en el Código civil su encaje normativo».

⁶ SERRANO ALONSO, E. (2005, 118), destaca que la importancia del título preliminar radica en que las materias que lo integran afectan a todo el ordenamiento jurídico, motivo por el cual se ha llegado a cuestionar que esta materia se estudie dentro del Derecho civil, puesto que hay autores para los que esta materia debería ubicarse dentro de una Teoría General del Derecho en las que se analizasen los conceptos e instituciones jurídicas comunes a todas las ramas del ordenamiento jurídico.

⁷ ROCA TRÍAS, E. (1992, 8 y 9).

⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 283 y 284); ROCA TRÍAS, E. (1992, 13); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); CAPILLA RÓNCERO, F. (1993, 179).

⁹ Para algunos autores, aunque en la analogía *legis* parezca que se va de lo particular a lo particular, en realidad primero es necesario subir al principio general que se comprende en una norma particular para ver si se comprende en otro caso. Así se manifiestan DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118) y TORRALBA SORIANO, V. (1977, 200). Este último autor estima que se parte de una disposición concreta de la Ley, para, sobre la base de su razón o idea fundamental aplicarla «a casos semejantes con base en el artículo 4. 1 del Código civil».

¹⁰ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 106).

¹¹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

¹² MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 216-217), además de mantener la prelación de analogía respecto de la costumbre, también entiende que la aplicación analógica amplía el campo de aplicación de la Ley y refuerza su primacía respecto de las otras fuentes.

¹³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012a, 1035) estima que el procedimiento analógico presupone la falta de regulación para el caso, incluso haciendo uso de la interpretación extensiva, de ahí que haya que buscar semejanzas en reglas de otras instituciones; LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 108).

¹⁴ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 281-282); ROCA TRÍAS, E. (1992, 10); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

¹⁵ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 106); ROCA TRÍAS, E. (1992, 10) y TORRALBA SORIANO, V. (1977, 200). Este último autor estima que tanto en la analogía *legis* como en la *iuris* se procede a través de las ideas fundamentales o principios que inspiran las normas, aunque la primera se inspira en una concreta norma mientras que la segunda se inspira en un conjunto de normas.

¹⁶ BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 180-181).

¹⁷ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29).

¹⁸ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 283-284); TORRALBA SORIANO, V. (1977, 205) para quien la analogía *iuris* está implícita en la llamada a los principios generales del Derecho.

¹⁹ No obstante, en alguna sentencia como la STS de 27 de noviembre de 2006 (*RJ* 2007, 272) relativa a la aplicación analógica de la indemnización por clientela del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva se mantiene que «no se aplica la misma norma, sino el principio que la norma revela o que es reconocido a través de ella, y tiene que darse una situación de igualdad jurídica sustancial, lo que supone la apreciación de que en el caso concurren los requisitos previstos en el precepto». Esta resolución ha sido seguida por las SSTs de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) y de 22 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1289).

²⁰ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 201).

²¹ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29). Además, así se reconoce por la STS de 19 de marzo de 2014 (*RJ* 2014, 2531), aunque no se aplique en ese caso concreto al decir que «La aplicación analógica del artículo 96 está excluida y el reconocimiento de tal derecho mediante la aplicación de principios generales por la vía de la analogía “*iuris*” [...]».

²² DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67). La STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976), se refiere a la aplicación de la analogía *iuris* como una técnica que consiste en «la aplicación analógica de una sola norma, ni proceder de lo particular a lo particular, sino que, partiendo de una serie o conjunto de normas, tratar de deducir de ellas un principio general del Derecho. En conclusión, que hay que entender la “analogía *iuris*” como un mecanismo de obtención y de aplicación de los principios generales del Derecho. O dicho con otras palabras, esta “analogía *iuris*” —la «*Rechtsanalogie*» del BGB— parte de un conjunto de preceptos, de los que extrae, por inducción, su principio inspirador y lo aplica al caso no regulado».

²³ Es de destacar la STS de 12 de septiembre de 2005 (*RJ* 2005, 7148) que recomienda la técnica de la analogía *iuris* para los supuestos en los que pueda existir un desequilibrio económico en los casos de ruptura de una unión de hecho. Incluso señala que «debe huirse de la aplicación por «analogía *legis*» de normas propias del matrimonio como son los artículos 97, 96 y 98 del Código civil, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desee su continuidad». En la STS de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976) para negar la aplicación a las parejas *more uxorio* de un régimen económico matrimonial se niega la aplicación analógica de la analogía *legis*, si bien deja abierta la aplicación de la normativa aplicable a comunidades de bienes «*bien por pacto expreso, bien por la vía de la «analogía iuris» —como un mecanismo de obtención*

y de aplicación de los principios inspiradores del ordenamiento a partir de un conjunto de preceptos y su aplicación al caso no regulado, cuando por “*facta concludentia*” se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común— Sentencia de 22 de febrero de 2006 analogía *iuris*». Sentencia citada por las SSTs de 16 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4246), y de 19 de octubre de 2006 (*RJ* 2006, 8976), de 22 de febrero de 2006 (*RJ* 2006, 8976). Asimismo, con anterioridad hay referencia a la analogía *iuris*, en las SSTs de 18 de mayo de 1992 (*RJ* 1992, 4907), de 10 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1272), de 5 de julio de 2001 (*RJ* 2001, 4993) y de 17 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4605).

²⁴ La STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) establece: «Y en este caso, como antes se ha destacado al transcribir la STS 21 noviembre 2005 (*RJ* 2005, 7677), se trata de la llamada analogía *iuris*, que actúa a través de la indagación del principio que inspira la norma, para proyectarlo sobre el caso, pues no cabe duda del valor integrador de los principios generales del derecho (art. 1.1 y 4, CC) ni de que, a través del sistema de integración previsto en general para los contratos por el artículo del 1258 del Código civil, cabe considerar que las leyes aplicables han de ser no solo las susceptibles de proyección directa, sino las que regulen supuestos que presenten identidad de razón. La laguna no se produce en la regulación contractual, que este caso, como en todos, es perfecta y completa en cuanto las partes quieran, debiendo en lo no previsto aplicarse los mecanismos de integración, sino en las normas que son llamadas a la regulación del supuesto. No hay en nuestro sistema una previsión semejante a la del parágrafo 354 HGB, que permite reclamar comisión o el coste de almacenaje cuando alguien ha cuidado los intereses de otro o le ha prestado sus servicios, incluso si nada se ha estipulado al respecto, pero cabe encontrar un principio de evitación del enriquecimiento injustificado».

²⁵ Con anterioridad se habían recogido estos requisitos, entre otras, en las SSTs de 12 de junio de 1990 (*RJ* 1990, 4758), de 4 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5261), de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 4230), de 10 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3871), de 20 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639), de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926); de 21 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9312), de 11 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6240), de 13 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4127), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 18 de mayo de 2006 (*RJA* 2006, 3366), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 28 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639) y de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7314).

²⁶ En la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427) se establece que «a la carencia específica de regulación normativa como presupuesto de la aplicación analógica se refieren las SSTs de 7 de enero de 1981 (*RJ* 1981, 33) y de 13 de octubre de 1998 (*RJ* 1998, 8253). La jurisprudencia ha recogido el sentido de la exposición de motivos del Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 cuando enfatizaba que la analogía «no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto» (SSTs de 20 de febrero de 1989, de 13 de junio de 2003 [*RJ* 2003, 4127], de 21 de noviembre de 2000 [*RJ* 2000, 9312], etc.).».

²⁷ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203) y CAPILLA RONCERO, F. (1993, 176). Este último autor después de mantener que en términos formales no son posibles las lagunas del ordenamiento, puesto que siempre existe criterio jurídico predeterminado para regular cualquier cuestión. Sin embargo, advierte que la cuestión es más compleja en términos materiales, puesto que para conseguir el resultado de la plenitud del ordenamiento se tiene que recurrir «bien a genéricas fórmulas de cierre (p.e., lo que no está prohibido se considera permitido)» así como a los principios generales del Derecho de los que advierte que «por la función de cierre del sistema que desempeñan, son necesariamente generales y, a menudo, imprecisos, abriendo espacios a cierta libre configuración del Derecho por parte del aplicador». No obstante, este autor termina afirmando la plenitud del ordenamiento, y en consecuencia, la imposibilidad de las lagunas del Derecho.

²⁸ ROCA TRÍAS, E. (1992, 10).

²⁹ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 278), también se refiere a la «laguna» en el doble sentido de deficiencia o inexistencia de la ley.

³⁰ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 276); en parecidos términos PUIG BRUTAU, J. (1989, 309 y 311-318), si bien para este autor la palabra «laguna» no es muy afortunada puesto que hubiera sido más correcto hablar de imperfección legal o falta de previsión de las normas promulgadas.

³¹ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

³² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

³³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29); ROCA TRÍAS, E. (1992, 17); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

³⁴ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66).

³⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1993) y (2009); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 181); ROCA TRÍAS, E. (1992, 17).

³⁶ En la doctrina se estima que es insuficiente la existencia de una simple «semejanza o similitud» para la aplicación analógica. DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 66); DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 164), entienden que «la pura relación de semejanza o de similitud entre el caso y el supuesto de hecho constituye una base endeble para la norma», de ahí que estimen que sea necesario «un juicio de valor sobre la conveniencia de tal aplicación o dicho de otro modo, un juicio de valor sobre el hecho de que la solución que el caso deba recibir, o es justo que reciba, es la misma estatuida en la norma análoga». Asimismo, LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 110), nos deja ver la importancia de la *ratio legis* al decir que todo hecho jurídico tiene ciertos elementos esenciales que le caracterizan y que forman la *ratio iuris* de la norma, y otros elementos accidentales y contingentes que le acompañan. Al confrontar el hecho regulado y el carente de regulación solo hay que tener en cuenta los rasgos jurídicamente relevantes. Entiende que en ocasiones hechos en apariencia distintos sean en esencia semejantes y capaces de ser sometidos por analogía al mismo tratamiento. Del mismo modo, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V. (2002), estima que no es suficiente la existencia de «una cierta o gran semejanza entre ellos, sino que hace falta considerar que, por la misma razón, por la que el supuesto contemplado ha merecido la sanción que le ha sido atribuida, merece la misma sanción el otro que es semejante»; SERRANO ALONSO, E. (2005, 118), dice que es fundamental la coincidencia entre las notas características del supuesto no regulado y el que se considera idéntico.

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

³⁸ Así se manifiesta GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29). Con anterioridad DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480), había dicho que «la analogía no se funda en la mera semejanza, sino en la *ratio* de la semejanza. La analogía no supone —aunque otra cosa parezca— un pasar de lo particular a lo particular, sino que es preciso subir al principio general que comprende a un particular para saber si puede también comprender este otro caso [.]. No es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino —cuando ello sea permitido— el principio que se revela o puede ser conocido a través de la ley. Se trata de una manifestación del poder regulador de los principios generales, cuya única especialidad está en que su aplicación sea apoya —y así se facilita— en uno o varios textos legales que revelan su existencia; principios generales positivizados legislativamente y que, por eso, pudieron llamarse principios de Derecho positivo». En parecidos términos SERRANO ALONSO, E. (2005, 117), siguiendo a Enneccerus, mantiene que «la analogía implica una doble operación intelectual por parte del juez o del intérprete: una labor de inducción generalizando los principios que se extraen de una norma particular, seguida de otra deductiva que consiste en aplicar aquellos principios al supuesto de hecho carente de regulación.

³⁹ ROCA TRÍAS, E. (1992, 18) es de la opinión de que la *ratio* es la finalidad que busca la ley al regular de una determinada forma un supuesto de hecho concreto. A

título de ejemplo, dice que, en el caso de las incapacidades para suceder, la razón de la prohibición del artículo 752 para los sacerdotes, es para evitar captaciones de voluntad por parte de personas que pueden tener un fuerte ascendiente en un determinado momento sobre la persona del testador. Por ello cabría aplicar por analogía este precepto a los directores de residencias donde el testador pasó sus últimos días.

⁴⁰ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 29).

⁴¹ Estas justificaciones que analizamos por separado, sin embargo, en ocasiones suelen incluirse juntas dentro de una misma sentencia. Unas veces estos argumentos se incorporan directamente en la resolución y, en otras indirectamente, cuando al ser citadas otras se reproduce parte de su contenido.

⁴² Así las SSTs de 10 de mayo de 1996 (*RJ* 1996, 3871), de 20 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 639) de 21 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9312), de 11 de julio de 2002 (*RJ* 2002, 6240), de 13 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4127), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 18 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3366), de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 12 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 4248), de 7 de octubre de 2010 (*RJ* 2010, 7314), de 17 de abril de 2012 (*RJ* 2012, 5273), de 20 de julio de 2012 (*RJ* 2012, 8030) y de 1 de marzo 2019 (*RJ* 2019, 622).

⁴³ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 206).

⁴⁴ Así se recoge en la STS de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609) al indicar que se entiende que existe semejanza cuando en el supuesto de hecho no regulado están los elementos sobre los que descansa la previsión normativa del regulado (SSTs de 10 de mayo de 1996 [*RJA* 1996, 871] y de 21 de noviembre de 2000 [*RJA* 2000312]) y que debe acudir para resolver el problema al fundamento de la norma y al de los supuestos configurados (SSTs de 20 de febrero de 1998 [*RJA* 1998, 39] y de 1 de noviembre de 2000 [*RJA* 2000312]), y es que, como enseña la mejor doctrina, no es la disposición legal tenida en cuenta la que regula el nuevo caso, sino el principio que se revela o puede ser reconocido a través de la ley.

⁴⁵ Así las SSTs de 3 de abril de 1981 (*RJ* 1981, 1477), de 4 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 5621), de 11 de marzo de 1998 (*RJ* 1998, 1493), de 11 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3926), de 28 de junio de 2004 (*RJ* 2004, 4320), de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), de 30 de mayo de 2007 (*RJ* 2007, 3609), de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4322), de 1 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2660) y de 17 abril 2012 (*RJ* 2012, 5273). En la doctrina también se ha dicho que el fundamento último de la analogía se encuentra en el principio de igualdad. Así se ha manifestado CAPILLA RONCERO, F. (1993, 179) con base a lo establecido por la STC 103/1990, de 4 de junio de 1990.

⁴⁶ En la STS de 30 de marzo de 1987 (*RJ* 1987, 1839) se rechaza la analogía porque se estima su aplicación de la legislación sobre Arrendamientos rústicos es insostenible, en primer lugar porque existe la solución legal del artículo 1548 del Código civil y consiguientemente no se está en el supuesto de la falta de norma aplicable [...]; en segundo lugar porque la analogía que se propone sería meramente externa o de semejanza aparente de los supuestos de cesión en arrendamiento de bienes del hijo «in potestate», pero falta de verdadera semejanza ya que difícil o cuestionablemente al menos puede intercambiarse un régimen de prórrogas legales por el otro, correspondientes a finalidades sociales diversas.

⁴⁷ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 180).

⁴⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30).

⁴⁹ RAMÓN RIBAS, E. (2014, 128).

⁵⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67).

⁵¹ Así, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183) y ROCA TRÍAS, E. (1992, 24).

⁵² CUETO PÉREZ, M. (2008, 105), dice que el artículo 129.4 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común prohíbe expresamente el uso de la analogía. Igual justificación existe para su prohibición en el derecho Administrativo sancionador, por suponer una

violación del principio de tipicidad, ya que ello implicaría el incumplimiento de la propia esencia del principio de tipicidad. El Tribunal Constitucional antes de la Ley 30/92 ya había establecido esa prohibición (SSTC 75/1984, de 27 de junio de 1984 (*RTC* 1984, 75), 159/86, 12 de diciembre de 1986 (*RTC* 1986, 159); 56/1998, de 16 de marzo de 1998 (*RTC* 1998, 16). No obstante, de la doctrina del Tribunal Constitucional puede deducirse que la analogía prohibida es la analogía *in peius* tal como se establece por la STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52) al decir que «en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, estos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía “in malam partem”». No obstante, dice esta autora que en el resto de normas administrativas sí que es posible la aplicación analógica. Hemos de añadir a lo manifestado por la autora, que en la vigente Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ya no hay ninguna referencia a la analogía. No obstante, consideramos prohibida su aplicación para las normas administrativas sancionadoras.

⁵³ Así la STS (S. 3.^a) de 20 de enero de 1987(1987, 203). La STC (pleno) de 23 de febrero de 1984 (*RTC* 1984,25) establece que «el artículo 25.1 contempla toda norma sancionadora, incluida la que tiene por objeto las infracciones administrativas, y, como hemos visto, se refiere a la exigencia de que nadie pueda ser condenado o sancionado por injusto penal o administrativo que no haya sido tipificado previamente como tal según la legislación vigente cuando se produjo».

⁵⁴ Así, entre otras la STC 52/2003, de 17 de marzo de 2003 (*RTC* 2003, 52) que establece la sujeción estricta de la Administración a las normas sancionadoras e imposibilidad de interpretación extensiva y de la analogía «in malam partem» al decir que: «Hemos de recordar nuestra reiterada doctrina (SSTC 64/2001, de 17 de marzo de 2001 [*RTC* 2001, 64], F. 4; 123/2001, de 4 de junio de 2001 [*RTC* 2001, 123], F. 11; 125/2001, de 4 de junio de 2001 [*RTC* 2001, 125], F. 3; y 75/2002, de 8 de abril de 2002 [*RTC* 2002, 75], F. 4) según la cual la garantía formal del artículo 25.1 Constitución Española que significa el imperio de la Ley no basta para asegurar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas de los propios actos, ni para garantizar que nadie pueda ser castigado por un hecho no contemplado por la Ley. Por ello, una vez en el momento aplicativo del ejercicio de las potestades sancionadoras por los poderes públicos, estos están sometidos al principio de tipicidad, como garantía material, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a las normas sancionadoras y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía “in malam partem”, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas determinan».

⁵⁵ En la STS de 9 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5672) se establece que «No procede decretar infracción del artículo 25 de la Constitución, toda vez que dicho precepto se refiere a los delitos, penas y faltas o infracciones administrativas, y no cabe encuadrar en el ámbito de estas, como propia actuación de la Administración pública, la sanción discutida, ni tiene condición de propio acto administrativo lo llevado a cabo por el recurrente. En parecidos términos se había pronunciado el Tribunal Constitucional, destacamos la STC 69/1983, de 26 de julio de 1983 (*RTC* 1983,69) que establece que «el ámbito de operatividad del artículo 25.1 de la CE se reduce a la imposición de condenas penales o de sanciones administrativas y no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas». En el mismo sentido se había pronunciado la STC 73/1982, de 2 de diciembre de 1982 (*RTC* 1982,73), en la que se afirmaba que el artículo 25.1, de la Constitución «literalmente menciona los delitos, las infracciones y las faltas administrativas, por lo cual no es directamente aplicable a los simples ilícitos de naturaleza civil, en los que la tipicidad y la legalidad no tienen que actuar manera estricta». La STC 118/2006, de 24 de abril de 2006 (*RTC* 2006, 118)

reitera que en el artículo 25.1 Constitución Española «se consagra una garantía que se proyecta exclusivamente sobre los actos a través de los que se ejercita el ius puniendi del Estado, sin abarcar a la realización de ilícitos de naturaleza civil».

⁵⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

⁵⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183); ROCA TRÍAS, E. (1992, 24); LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 117). También mantiene idéntica posición Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1993, 283), al decir que las leyes prohibitivas y las leyes sancionadoras no admiten por lo general la analogía y deben ser entendidas de manera restrictiva (*odiosa sunt restringenda, in dubio pro reo, in dubio pro libertate*). Asimismo, mantiene que las normas limitativas de la capacidad de la persona o de los derechos subjetivos deben considerarse también como disposiciones odiosas y por consiguiente ser entendidas de modo restrictivo y no ampliarlas por analogía.

⁵⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30). En parecidos términos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009) quien justifica esa posibilidad al entender que si la expresión normas penales del artículo 4.2 del Código civil, significa normas de Derecho penal, este precepto podrá ser aplicado por analogía a las normas administrativas y civiles, que contengan auténticas penas, por tener la sanción un contenido meramente punitivo, tal como sucede con las multas.

⁵⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009).

⁶⁰ La STS de 11 de mayo de 1995 (*RJ* 1995, 42309) establece que: «conductas tipificadas en el artículo 111 del Código civil están consideradas por la jurisprudencia y por la doctrina científica mayoritaria, como Leyes civiles sancionadoras con pérdida de derechos, y por tanto incluidas en el ámbito restrictivo señalado en el número 2.º del citado artículo 4.º; ya que el calificativo de «penal» que allí aparece, debe interpretarse extensivamente, comprendiendo en el mismo la «penalidad civil», de que se habla en la disposición transitoria tercera del Código, junto a la privación de derechos (STS de 23 de julio de 1987 [*RJ* 1987, 5809])».

⁶¹ Las SSTs de 30 de noviembre de 2011 (*RJ* 2011, 3516), de 13 de enero de 2010 (*RJ* 2010, 413), de 29 de enero de 2009 (*RJ* 2009, 265) fijan como doctrina jurisprudencial que «la falta de notificación de la subrogación arrendaticia producida a raíz de la jubilación del arrendatario conforme a la disposición transitoria tercera, B), apartado 3, LAU no determina la extinción del contrato ni faculta al arrendador para el ejercicio de la acción de resolución».

⁶² MONTES PENADÉS, V. (1977, 222), se mantiene contrario a que la expresión «Leyes penales» del artículo 4.2 del Código civil puede hacerse valer a toda clase de normas sancionadoras o prohibitivas. En consecuencia, admite la aplicación analógica cuando a pesar de tratarse de normas sancionadoras estén informadas por principios generales del sistema.

⁶³ BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2016, 293). muestra su total conformidad con el criterio del Tribunal Supremo que, para evitar la prohibición de la analogía y de la interpretación extensiva, encaja la figura del maltrato psicológico dentro de la fórmula legal del «maltrato de obra». Este autor, ya se había manifestado a favor de esta misma posibilidad varios años antes de las citadas sentencias del Tribunal Supremo en otro artículo doctrinal. *Vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, J. (2004, 473 a 519).

⁶⁴ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 184).

⁶⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67); Díez-Picazo y Ponce de León, L. (1993, 296); ROCA TRÍAS, E. (1992, 25). De manera más específica MONTES PENADÉS, V. (1977, 224), estima que «la norma excepcional sustrae en determinadas circunstancias o durante un tiempo determinado un concreto comportamiento a la regla general»; DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 103), estima que «Derecho excepcional es aquel cuyo principio organizador ha perdido el carácter general, son normas que van *contra tenorem rationem* de la organización general y que no tienen por ello fuerza expansiva».

⁶⁶ CARRASCO PERERA, A. (2005, 616), se refiere así respecto del artículo 56 de la LAU/1964 que contempla la indemnización por desistimiento unilateral del contrato de arrendamiento por el arrendatario.

⁶⁷ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 111) estima que la naturaleza de las normas de carácter excepcional impide su aplicación fuera de los casos para las que fueron previstas, puesto que los casos no previstos por las normas excepcionales caen dentro de las reglas del Derecho general; ROCA TRÍAS, E. (1992, 25 y 26), también mantiene que las normas excepcionales se conciben como una «derogación de las generales, de manera que sus soluciones están en franco contraste con las que deberían haberse aplicado de no existir la legislación especial, de ahí se deriva que no puedan aplicarse por analogía ni que sean susceptibles de interpretación extensiva».

⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483), justifica la inaplicación de la analogía a las leyes excepcionales porque estas «carecen de principios de carácter general». Asimismo, afirma que Derecho excepcional es aquel que cuyo principio organizador no tuvo o ha perdido el carácter general, son normas que van contra el *tenorem rationem* de la organización general y que por ello no tienen fuerza expansiva. MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 232-233), manifiesta que la norma excepcional no puede crecer en ningún caso, mientras que las normas de Derecho especial sí que pueden crecer hacia el interior de su ámbito de vigencia, pero sin desbordarlo. De modo que solo es posible aplicar la analogía dentro de cada sector del ordenamiento jurídico, y en el caso de los ordenamientos especiales aun a pesar de no ser compartimentos estancos, y no puedan considerarse como excepcionales, sin embargo, no es admisible que crezcan a costa del común, traspasando su ámbito de aplicación.

⁶⁹ ROCA TRÍAS, E. (1992, 26).

⁷⁰ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 114) recoge la opinión de Batlle en este sentido. Asimismo, cita la STS de 27 de junio de 1941 que dice que «no es rigurosamente exacto que las normas de derecho singular o excepcional están necesariamente sustraídas al juego de la interpretación extensiva, ni rechacen siquiera en absoluto —como ya se advirtió en Sentencia de 7 de noviembre de 1940 (*RJ* 1940, 1001)— el empleo del procedimiento analógico... por lo que resulta indudable que aun cuando el contrato de fianza no está literalmente comprendido entre los actos que se prohíben realizar sin la autorización pertinente está incluido cuando menos implícitamente y por modo lógico, en la fórmula legal» —S. de 27 de junio de 1941 (*RJ* 1941, 760)». Doctrina que sigue la STS de 28 de septiembre de 1968 (*RJ* 1968, 3961).

⁷¹ BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49) estima procedente la interpretación extensiva de las normas excepcionales y temporales puesto que esta clase de interpretación deriva de una aplicación directa de la norma y no de una aplicación analógica.

⁷² En el momento de la redacción del presente trabajo todavía es relativamente reciente Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. Durante su periodo de vigencia, desde el 14 de marzo hasta la finalización de la sexta prórroga el 21 de junio de 2020 se restringe la circulación de los ciudadanos, se garantiza el suministro de alimentos y productos necesarios para la salud pública, se regula la apertura de la hostelería, la restauración y los locales donde se realicen actividades culturales, artísticas, deportivas y similares, se prioriza el trabajo a distancia y se suspende la actividad escolar presencial. El ministro de Sanidad tiene bajo sus órdenes directas a las autoridades civiles de las Administraciones públicas de todo el país, en particular las sanitarias. El objetivo de estas medidas es proteger la salud de la ciudadanía, contener la progresión de la enfermedad y reforzar el sistema de salud pública (Para más información: <https://www.lamoncloa.gob.es/covid-19/Paginas/estado-de-alarma.aspx>). Un segundo estado de alarma se ha aprobado con el *Real Decreto* 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2.

⁷³ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67).

⁷⁴ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2009); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 165); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 223-226); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330); TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203); DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483), manifiesta que el criterio discriminador para aplicar la analogía «se encuentra en la naturaleza o tipo del principio que informe la regla de que se trate» y que cuando se trate de «regla de carácter especial, el ámbito de su ratio está determinado por su especialidad, no pudiendo exceder de él mediante la analogía, aunque dentro de ese espacio sí podrá jugar la analogía»

⁷⁵ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224), pone como ejemplo la LAU/1964 diciendo que si bien la mayoría de sus disposiciones presentan una discordancia o desviación con respecto al Derecho común del Código civil, sin embargo, no se pueden considerar que todas las disposiciones de la LAU sean «excepcionales».

⁷⁶ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30).

⁷⁷ DE PABLO CONTRERAS, P. (2011, 67) se opone a la aplicación analógica de las leyes temporales, como sucede con la Ley de Presupuestos Generales del Estado. No obstante, añade un segundo elemento que impide su aplicación analógica de este tipo de leyes puesto que además se trata de «una Ley singular, de contenido constitucionalmente determinado», tal como se recoge por la STC 3/2003, 16 enero 2003 (RTC 2003, 3) —que no es aplicable a supuestos «distintos de los comprendidos expresamente en ellas» y que constituyen su objeto.

⁷⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 31); MONTÉS PENADÉS, V.L. (1993, 238); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

⁷⁹ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 186).

⁸⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁸¹ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸² Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸³ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁸⁴ Ambos ejemplos relativos al sacerdote del artículo 752 ha sido propuestos por Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280).

⁸⁵ VILLAR PALASÍ, J.L. (1975, 214); ROCA TRÍAS, E. (1992, 14).

⁸⁶ VILLAR PALASÍ, J.L. (1975, 178).

⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2002, P. 122). *Derecho civil, I, Introducción y parte general*, 15 ed. Barcelona: Bosch; SERRANO ALONSO, E. (2005, 118).

⁸⁸ PUIG BRUTAU, J. (1989, 300), entiende que esta modalidad de interpretación tiene por finalidad extender el natural significado de las palabras de la ley, cuando se llega a la conclusión de que expresan menos de lo que corresponde a su finalidad o espíritu (*minus dixit quam voluit*).

⁸⁹ LETE DEL RÍO, J.M. (2003, 108); BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 48), estima que se recurre al expediente de la interpretación cuando existe oscuridad en la norma jurídica. Mientras que se acude a la analogía ante la falta o insuficiencia de una norma expresa.

⁹⁰ Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 280); ROCA TRÍAS, E. (1992, 15); SERRANO ALONSO, E. (2005, 118). Dentro de este sector, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 175), estima que: «a la tarea que consiste en la construcción o reconstrucción de la norma que falta se le conoce con el nombre de integración, para diferenciarla de la interpretación en sentido propio». Asimismo, afirma que la existencia de vacíos normativos, de vacíos de «lagunas» regulación fuerzan al aplicador a construir una norma para poder, luego, aplicarla.

⁹¹ En la doctrina civil predomina la idea de la proscripción de la creación judicial del derecho, de modo que en ausencia de norma jurídica directamente aplicable de acuerdo con el sistema de fuentes, el juez debe acudir a la aplicación analógica de una norma ya existente puesto que el juez no puede crear una norma jurídica. *Vid.* BLASCO GASCÓ,

F.P. (2016, 48). Asimismo, CAPILLA RONCERO, F. (1993, 176) advierte, del peligro que se presenta al recurrir a los principios generales del Derecho por la imprecisión que estos comportan, puesto que pueden abrir «espacios a cierta libre configuración por parte del aplicador del Derecho». DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 480-481), ya dejó entrever que la analogía o la semejanza «no crean ni conducen siquiera hasta la regla decisoria, no originan nueva verdad o evidencia, sirven para indicar una posible solución, que se obtendrá comprobando si el principio de la disposición, que regula el caso semejante, puede extenderse hasta el caso en cuestión.

⁹² Esta opinión que difícilmente podemos encontrar en la doctrina civilista, sin embargo, ha sido asumida por parte de la doctrina penal. *Vid.* RAMÓN RIBAS, E. (2014, 129); MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M. (2010, 119 y 120); QUINTERO OLIVARES, G. Y MORALES PRATS, F. (2011, 79).

⁹³ Así se manifiesta la doctrina penal: RAMÓN RIBAS, E. (2014, 139), SÁNCHEZ FERRO, S. (1997, 651-678).

⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483).

⁹⁵ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1030).

⁹⁶ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1072).

⁹⁷ De ahí el especial interés de la doctrina penalista en deslindar ambas figuras, habida cuenta que la analogía está prohibida en el ordenamiento penal. Así pues, QUINTERO OLIVARES, G. (2010, 127-128), señala el peligro que entraña la interpretación extensiva, puesto que a veces el intérprete se ha alejado tanto de la norma sometida a interpretación que la operación que realmente se ha efectuado es una aplicación analógica puesto que la pretendida interpretación se alejado excesivamente de la norma analizada.

⁹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 220), estima que la jurisprudencia dominante distingue en general entre la aplicación analógica y la interpretación extensiva, que hace jugar en una serie de preceptos en los que la técnica tradicional descartaba la analogía.

⁹⁹ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 31).

¹⁰⁰ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 174), precisa que resulta muy difícil en nuestro Derecho establecer la diferencia entre la analogía *legis* y la interpretación extensiva. Por otro lado, dice que hay que tener presente que «se olvida que la interpretación extensiva puede ser el resultado no solo del argumento analógico o «a pari», sino también del razonamiento a «a fortiori» («con mayor motivo»). Por ello parece poco seguro afirmar que las leyes penales o las excepcionales no son susceptibles de interpretación extensiva; lo que sí es seguro, es que no puede llegarse a una aplicación extensiva de las mismas, mediante la analogía (de cualquier tipo que sea), pues así lo prohíbe taxativamente el artículo 4.2 del Código civil». De manera más directa se pronuncia CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (2012.a, 1052-1053) al decir que «mientras la analogía está sujeta a ciertos límites, al no ser aplicable a cierto tipo de normas (como las penales, las excepcionales y las temporales, según enumera nuestro art. 4.2 CC), la interpretación extensiva, por el contrario, se encuentra libre de tales límites». Asimismo, BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49) estima procedente la interpretación extensiva de las normas excepcionales y temporales puesto que esta clase de interpretación deriva de una aplicación directa de la norma y no de una aplicación analógica.

¹⁰¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (2004). *El principio de legalidad penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

¹⁰² La STS (S.2.ª) de 12 de enero de 1996 (*RJ* 1996, 73) estima que «los tipos penales no pueden aplicarse arbitrariamente ni por analogía ni tampoco mediante una interpretación extensiva, rigurosa, inconstitucional, más allá de lo previsto por el propio legislador. En la STS (S. 2.ª) de 15 de julio de 2013 (*RJ* 2013, 8064) dictada en el caso Palma-Arena se establece que a los órganos judiciales penales como consecuencia de la aplicación del principio de legalidad estricta les «está vedada la interpretación extensiva y la analogía «*in malam partem*». Todo con remisión a la STC 126/2001, de 4 de junio de 2001 (*RTC* 2001, 126) que ya había venido manteniendo idéntica prohibición y explícita

que está vedada este tipo de interpretación y la analogía «fuera de los supuestos y de los límites» que las normas establecen.

¹⁰³ La doctrina, como ya hemos comentado, es prácticamente unánime respecto a la admisión de la analogía en las leyes especiales, si bien únicamente dentro su ámbito de regulación: BLASCO GASCÓ, F.P. (2016, 49); DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483); DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A. (2016, 165); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 223-226); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330).

¹⁰⁴ El artículo 8 LAU/1964 establecía que: «En aquellos casos en que la cuestión debatida, no obstante referirse a las materias que esta Ley regula, no aparezca expresamente prescrita en la misma, los Tribunales aplicarán sus preceptos por analogía».

¹⁰⁵ TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203).

¹⁰⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 483); PUIG BRUTAU, J. (1989, 330), ROCA TRÍAS, E. (1992, 8).

¹⁰⁷ En la jurisprudencia STS de 22 de julio de 1994 (*RJ* 1993, 6583) se ha dicho que: «Las Leyes Especiales, que como tales son excepcionales, al reglamentar situaciones que están previstas en las leyes generales en forma singular y específica no son susceptibles de aplicación extensiva ni analógica», con base a esta argumentación en esta resolución no se admite que la adquisición forzosa de la propiedad, institución aplicable dentro a los denominados «arrendamientos históricos», sea aplicable por analogía a las aparecerías de la LAR. En la STS de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 4139) tampoco se admite ni la interpretación extensiva ni la aplicación analógica de las leyes especiales; en consecuencia, no reconoce la aplicación analógica de las previsiones del Baremo de indemnizaciones contenido en la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor, fuera de los casos en ella contemplados.

¹⁰⁸ GULLÓN BALLESTEROS, A. (1991, 30), tomando como referencia la antigua LAU/1964 entiende que analogía solo puede operar dentro del mismo sistema constituido por el derecho excepcional sin que pudiese aplicarse fuera de él para integrar vacíos normativos de otras leyes. MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 226-227), estima que hay dos planos de la analogía dentro de la LAU, uno hacia el interior de la legislación especial que traslada los principios generales a este sector del ordenamiento jurídico; el segundo plano presenta la legislación especial como excepción frente al Derecho común y no podrán extenderse a este por analogía las normas de la LAU. TORRALBA SORIANO, V. (1977, 203), tampoco admite la aplicación analógica de la LAU/1964 a los arrendamientos excluidos de la misma, puesto que la analogía como fuente especial de Derecho no es aplicable fuera de su ámbito.

¹⁰⁹ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224), se manifiesta en este sentido poniendo como ejemplo el caso de la LAU y la posibilidad de la aplicación de la analogía en su seno como consecuencia del artículo 8 LAU/1964.

¹¹⁰ CAPILLA RONCERO, F. (1993, 183); MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 224-225).

¹¹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 100), estima que el Derecho excepcional carece de fuerza expansiva hasta para la materia para que se dicta (exclusión de la analogía).

¹¹² En el Tribunal Supremo podemos encontrar sentencias en las que no se autoriza la aplicación analógica dentro de una misma ley especial. Así sucede con la STS de 3 de octubre de 2017 (*RJ* 2017, 4871) que no autorizan la aplicación analógica del desistimiento unilateral contemplado por el artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos para el arrendamiento de vivienda para los contratos para uso distinto al de vivienda por no concurrir identidad de razón entre ambos tipos de arrendamiento.

¹¹³ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013 443-468) destaca como el Tribunal Supremo utiliza en su argumentación el Preámbulo de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos, en el que se destaca que la diferenciación de trato de la regulación de ambos arrendamientos se encuentra en que «las realidades económicas subyacentes son sustancialmente distintas y merecedoras, por tanto, de sistemas normativos disímiles que hagan eco de esa diferencia» y en consecuencia «el artículo 18.3 de la Ley de Arrendamientos

Urbanos consistente en garantizar al arrendatario una estabilidad económica en el contrato durante la duración a que tiene derecho, tiene un carácter tuitivo del que carece el artículo 32 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, lo que implica su imposibilidad de aplicación analógica».

¹¹⁴ CAPILLA RNCERO, F. (1993, 184-185), ya advertía respecto a la de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 que la aplicación analógica del artículo 8 de la Ley de Arrendamientos Urbanos solo era posible respecto de los preceptos de esa ley que no mereciesen la consideración de normas excepcionales, dando pues por sentado que en general aquella ley de arrendamientos es ley especial y que en las leyes especiales sí que tiene cabida la analogía, al menos «interna».

¹¹⁵ En el artículo 58.4 de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 se establece que: «La subrogación deberá notificarse fehacientemente al arrendador dentro de los 90 días siguientes a la fecha del fallecimiento del inquilino. Si el arrendador no recibiese en tiempo tal notificación, podrá requerir a los ocupantes de la vivienda para que se le comunique la subrogación del beneficiario con advertencia de que, transcurridos treinta días sin recibir esta última notificación tendrá lugar la resolución del contrato de arrendamiento, lo que así efectivamente sucederá si no se notificare la subrogación en este último plazo».

¹¹⁶ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2013); así como CARRASCO PERERA, A. (2005, 608), se muestran contrarios a la aplicación analógica del artículo 11.2 LAU al arrendamiento para uso distinto al de vivienda por varios motivos: por estar situado dentro del régimen de los arrendamientos de vivienda y no en las normas comunes de la de la Ley de Arrendamientos Urbanos cabe suponer que el legislador no quiso su aplicación automática a los arrendamientos para uso distinto al de vivienda. De haberlo querido podría haber hecho una remisión al artículo 11. Hay que tener en cuenta que artículo 11.2 está diseñado de manera que no soporta una aplicación analógica, puesto que está limitando la libertad de contratación al establecer una indemnización máxima de un mes de renta por cada año de contrato que quede por cumplir. Además, el presupuesto de hecho de la norma presupone la existencia de un pacto, y si en un arrendamiento para uso distinto de vivienda existe pacto el problema desaparece.

¹¹⁷ CARRASCO PERERA, A. (2017, 754), estima que algunos preceptos de la ley general de consumidores y usuarios relativos a las cláusulas abusivas son concreciones de una regla general instaurada en el Código civil, y «esas reglas han de considerarse como satisfactorias concreciones de dicha regla en el resto de subsistemas del Ordenamiento».

¹¹⁸ MONTÉS PENADÉS, V. (1977, 227), si bien se refiere a la existencia de «normas relativamente excepcionales», citando a Castán y a Soto Nieto, también deja entrever que estas normas solo pueden aplicarse analógicamente intramuros de la LAU o de cualquier otra ley especial. Máxime cuando cita la STS de 27 de junio de 1941 (Art. 760) que estima que: «una norma relativamente excepcional puede consentir aplicación analógica dentro del ámbito de su contenido estricto y en tanto en cuanto la ratio del tratamiento excepcional corresponda también al caso no regulado». No obstante, Montés Penadés, sí que reconoce la aplicación analógica de la ley del Contrato de Agencia a los contratos de distribución exclusiva, si bien justifica esta postura alegando que las normas de la citada ley no lo son de Derecho excepcional.

¹¹⁹ Una primera sentencia, citada —como confusa— por DE CASTRO Y BRAVO, F. (1984, 101), es la de STS de 27 de junio de 1914, que establece que la regulación del aval mercantil no supone un «tratamiento excepcional», es una institución Derecho especial (no excepcional), respecto a la que nada impide la interpretación analógica.

¹²⁰ En la STS de 8 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8637) se establece la diferencia entre ambos contratos: «el contrato de agencia —artículos 1 y 3 de la ley— tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión, ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto en

exclusiva — positivo y negativo— vender solo el concesionario y no vender nadie más en su zona». En parecidos términos las SSTs de 15 de octubre 2008 (*RJ* 2008, 7126) y de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337).

¹²¹ BROSETA PONT, M. Y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 133), señalan la utilidad de la aplicación analógica del artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia cuando en el contrato de distribución exclusiva por tiempo indeterminado no se ha señalado el plazo del preaviso para la resolución unilateral del contrato.

¹²² En la doctrina, entre otros, se manifiestan a favor de la aplicación analógica de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva: BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 132-134). Asimismo, TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 125, 129-138). También están de acuerdo SERRANO SANTAMARÍA, A. (2011a), (2011b) y (2014), así como VICENT CHULIÁ, F. (2006), 889-891.

¹²³ En este sentido la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), con relación a la indemnización por clientela establece que «este tipo de indemnización en los contratos que ahora nos ocupan» constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil, que debe resolverse integrando la voluntad de las partes, pero que en el caso de que no exista, «el operador jurídico carece de una respuesta explícita que ha de buscar en último término por medio de la analogía». Sentencia que ha sido seguida por la STS de 22 de febrero de 2010 (*RJ* 2010, 1289). Asimismo, la STS de 26 de junio de 2008 (*RJ* 2008, 3303), en un caso de distribución exclusiva vuelve a referirse a las lagunas del ordenamiento al decir que «en aquellos casos en que estimó concurrente la “identidad de razón” exigida por el artículo 4.1 del Código civil para la «analogía *legis*», recurrió a ese método de integración de las lagunas del ordenamiento, tras tomar en consideración las condiciones de hecho de cada supuesto, para aplicar al segundo alguna norma reguladora del primero —Sentencias de 12 de junio de 1999 (*RJ* 1999, 4292), de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305), de 21 de noviembre de 2005 (*RJ* 2005, 7677), de 31 de mayo de 2006 (*RJ* 2006, 3509) y de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323)—, en particular el artículo 28 de la Ley 12/1992».

¹²⁴ En la jurisprudencia podemos encontrar alguna sentencia aislada que así lo ha manifestado como la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639). «De consiguiente, cuando la concesión sea agencia (promoción de actos de comercio o reventa, relación estable e independencia), regirá la Ley 12/1992, tanto en la rescisión como en la indemnización (art. 23); en otro caso, y a falta de norma especial, regirá el Código civil (arts. 1101 y siguientes y 1124), según aclara la Sentencia de 16 de noviembre de 2000 (*RJ* 2000, 9339)».

¹²⁵ RUBIO TORRANO, E. (2004), estima acertada la posibilidad de la aplicación analógica de la indemnización por clientela del contrato de agencia al contrato de distribución que se reconoce por la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639), aunque finalmente no la aplica porque el contrato entre las partes no era propiamente un contrato de distribución en exclusiva. La citada sentencia a su vez recoge la doctrina de la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) en la que sí que se aplicaron al caso enjuiciado las normas propias del contrato de agencia por concurrir los requisitos necesarios para apreciar la identidad de razón como son que el distribuidor hubiera captado clientela para la demandada y que esta se hubiera beneficiado de esta tras una ruptura intempestiva. En todo caso, señala el autor, que la doctrina se ha planteado a partir de esta construcción jurisprudencial la aptitud de la regulación de la agencia para servir como posible Derecho general de la distribución comercial aplicable a contratos como la franquicia, distribución autorizada, venta en exclusiva, concesión. Destaca, asimismo, la «particular intensidad que reviste el debate en torno a una eventual extensión analógica del estatuto tuitivo de los agentes a una figura funcionalmente próxima como es la del concesionario o distribuidor en sentido estricto». Conclusiones a las que llega a partir del «carácter especial y no excepcional de la Ley de Contrato de Agencia». En parecidos términos, BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 133), también mantienen que la Ley 12/1992 «no es derecho excepcional».

¹²⁶ Son numerosas las sentencias en las que se mantiene la existencia de identidad de razón entre el contrato de agencia y el de distribución: Entre otras las SSTS de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), de 2 de octubre de 2013 (*JUR* 2013, 331317), de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626), Pleno de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 5071), de 23 de enero de 2007 (*RJ* 2007, 594), de 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323), de 6 de noviembre de 2006, de 16 de diciembre de 2005 y de 12 de junio de 1999.

¹²⁷ SSTS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305), de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639) y Pleno de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393).

¹²⁸ En el caso de la STS de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639) si bien se dejan sentadas las bases para la aplicación analógica del contrato de agencia para el contrato de distribución, sin embargo, no se admite para el caso enjuiciado por tratarse de un particular contrato innominado en el que a pesar de efectuarse un cierto tipo de distribución, sin embargo, no concurrían las notas de la venta o distribución en exclusiva ni constituía promoción alguna de operación de comercio. De ahí que como se dirá en otras sentencias, la aplicación analógica del contrato de agencia al contrato de distribución exclusiva no se produce de modo automático.

¹²⁹ En la STS de 22 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 5427), en la que por cierto es ponente V. MONTES PENADES, se dice que «Solo las normas excepcionales, penales o temporales tienen limitada la aplicación analógica (art. 4.2 CC), y el carácter tuitivo predicado de las reglas de la Ley sobre el Contrato de Agencia, y en especial del artículo 28, no podrían por sí impedir la aplicación analógica», asimismo se puntualiza que «la aplicación analógica se circunscribe a la perspectiva del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia pero no a la Ley en su integridad».

¹³⁰ Son numerosas las sentencias en las que se hace referencia a que no es posible aplicar analógicamente al contrato de distribución la Ley sobre el Contrato de Agencia de manera automática. Así las SSTS de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7422), de 10 de marzo de 2010 (*RJ* 2010, 2337), de 4 de marzo de 2009 (*RJ* 2009, 1626), de 28 de abril de 2008 (*RJ* 2008, 1556), Pleno STS de 15 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 1393), de 20 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 5071), de 21 de marzo de 2007 (*RJ* 2007, 2620), 10 de julio de 2006 (*RJ* 2006, 8323). En el supuesto contemplado por la STS de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533) no se aplica la indemnización del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de concesión porque en aquellos casos en los que no exista previsión contractual sobre su determinación o liquidación se «requiere de un necesario módulo o parámetro para calcular y concretar el alcance de la compensación pretendida, tal y como expresamente prevé el núm. 3.º del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia para la determinación de la compensación máxima exigible». En el caso enjuiciado el actor no ha aportado «tal y como le incumbía, los datos de las ganancias obtenidas durante los últimos cinco años» de modo que no se admite la concesión de la citada indemnización «sin sujeción alguna a dato o módulo que permita su cálculo de un modo verificable y objetivable».

¹³¹ La STS de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002) establece que «En atención a la larga duración del contrato de distribución resuelto unilateralmente por la comitente, veinte años, el preaviso debería haber sido de al menos seis meses, por analogía con lo regulado en el artículo 25 de la Ley sobre el Contrato de Agencia, que aunque no resulte directamente de aplicación, sirve de referencia para determinar prudencialmente la antelación del preaviso en un supuesto como el presente». No obstante, son numerosas las sentencias, como la STS de 28 de enero de 2002 (*RJ* 2002, 2305) en la que se establece que «la reiterada jurisprudencia de esta Sala admite el desistimiento unilateral, siempre con la carga de preavisar con un tiempo razonable a la otra parte la

terminación. De lo contrario, sería abusivo el ejercicio de esta facultad o no conforme a la buena fe (sentencias, entre otras, de 24 de febrero y de 23 de julio de 1993). En parecidos términos las más recientes SSTs de 19 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2228), de 19 de julio de 2016 (*RJ* 2016, 3210), de 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4321), de 5 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 3321), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002) y de 5 de febrero de 2004 (*RJ* 2004, 639).

¹³² RUBIO TORRANO, E. (2004).

¹³³ Son muy numerosas las sentencias en las que se reconoce la aplicación analógica del artículo 28 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva. Cuestión diferente es que en muchas de ellas no se haya aceptado la analogía por no concurrir los requisitos que se exigen para aplicar esa modalidad de indemnización en un contrato de agencia. Así las más recientes de SSTs de 19 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5533), de 19 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2228), de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), 9 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4321), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 29 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7033), 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 7422), 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002), de 2 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 6894), de 20 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 381), de 2 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10121), de 12 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5003).

¹³⁴ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 129), estiman que corresponderá esta indemnización siempre que el agente y en su caso el distribuidor haya incrementado el número de clientes o el volumen de operaciones con la clientela preexistente, siempre que el empresario pueda seguir beneficiándose de aquella una vez extinguido el contrato. En parecidos términos TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 129).

¹³⁵ Es de destacar la STS de 3 de marzo de 2011 (*RJ* 2011, 2622) que estima que «Por su parte el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia reconoce al agente el derecho a ser indemnizado por los gastos causados para poner en marcha o adecuar su empresa, conforme a las instrucciones, expresas o implícitas, del empresario, con tal que no se hubieran amortizado al extinguirse anticipadamente la relación» (Con cita de las SSTs de 11 de diciembre de 2007, de 13 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1490) y de 2 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 3366). Esta corriente doctrinal, admitiendo la aplicación analógica del artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia al contrato de distribución exclusiva, con independencia de que atendiendo a las circunstancias concretas del caso se admita o no, ha sido seguida por las SSTs de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293), de 16 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 858), de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293), de 7 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7864), de 5 de noviembre de 2013 (*RJ* 2013, 7813), de 8 de octubre de 2013 (*RJ* 2013, 8002), de 20 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 381), de 2 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 10121), de 12 de marzo de 2012 (*RJ* 2012, 5003) y de 25 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3710).

¹³⁶ BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2017, 130); TORRUBIA CHALMETA, B. (2012, 129).

¹³⁷ La STS de 30 de mayo de 2016 (*RJ* 2016, 2293) continúa con la línea jurisprudencial en la que se admite que el artículo 29 de la Ley sobre el Contrato de Agencia (indemnización por inversiones no amortizadas) es «analogicamente aplicable al contrato de distribución, la resolución unilateral del contrato por el concedente puede generar un deber de indemnizar cuando el distribuidor hubiera hecho las inversiones no amortizadas en cumplimiento del contrato. Es decir, si el principal indujo o impulsó al distribuidor la realización de determinadas inversiones y le remitió al ulterior desenvolvimiento del contrato para su amortización (recuperación de la inversión mediante los beneficios obtenidos), deberá indemnizarlo si la terminación unilateral del contrato impide dicho desarrollo futuro y, por tanto, la redención de las cantidades invertidas con los beneficios que le reportara la reventa de las mercancías distribuidas». No obstante, en el supuesto enjuiciado no se aplica porque no ha quedado probado que se hubieran impuesto dichas inversiones por el empresario.

¹³⁸ CARRASCO PERERA, A. (2017, 753), cita entre otros el supuesto de la STS de 18 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9560) que ha considerado a la ley general de consumidores como aplicable a la contratación entre empresarios al estimar que una cláusula de las Condiciones Generales de una póliza de contrato de seguro marítimo tenía la condición de abusiva por violar lo preceptuado en el artículo 10.1, c).3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Asimismo, cita la STS de 24 de febrero de 1998 (*RJ* 1998, 1167), que, en un caso de contratación entre empresarios considera «aplicar, como norma supletoria de carácter general, la vigente Ley de 24/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios en cuyo artículo 10, apartado c), números 3.º, 4.º y 5 se recoge el espíritu de equilibrio equitativo entre las partes que debe presidir la contratación, evitando condiciones o interpretaciones abusivas, o penalizaciones que no se correspondan con prestaciones adicionales, expresadas con la debida separación y claridad, y susceptibles de ser aceptadas o rechazadas en cada caso; circunstancias que, como hemos dicho, no coinciden en el supuesto que estudiamos».

¹³⁹ CARRASCO PERERA, A. (2017, 753-754).

¹⁴⁰ CARRASCO PERERA, A. (2017, 754-756). Esta aplicación analógica también es predicable de cuantas cláusulas abusivas contempladas en la Ley General de Consumidores y Usuarios supongan concreciones de otras reglas del Código civil. Entre otros, cita el caso de las cláusulas que impongan al adherente una indemnización o garantía desproporcionadamente alta (arts. 85.6 y 88 TRLGDCU.1) que son reconducibles al artículo 1154 o a la Ley de Usura; las cláusulas relativas a «hechos ficticios» (arts. 87.1, 87.4, 87.5, 87.6, 89.1) que son reconducibles a una deficiencia en la causa onerosa del contrato *ex* artículo 1261.2 del Código civil.

¹⁴¹ Entre muchas otras resoluciones, establecen que son abusivos los intereses de demora al aplicar analógicamente el artículo 19.4 LCC (en algunos casos el 20.4 LCCC): la SAP Barcelona (S. 17.ª) 18 de enero de 2002 (*JUR* 2002, 110887) interés de demora del 29%; SAP Asturias (S. 6.ª) de 7 de octubre de 2002 (*JUR* 2003, 9848); SAP Madrid (S. 6.ª) de 20 de diciembre de 2002 (*AC* 2003, 258), AAP Burgos de 31 de enero de 2003 (*JUR* 2003, 75980); AAP Cáceres (S. 2.ª) de 21 de enero de 2004 (*JUR* 2004, 53053) (27,50 %.); SAP Barcelona (S. 19.ª) de 18 de febrero de 2004 (*JUR* 2004, 95902) interés del 25%; SAP Castellón (S. 1.ª) de 14 de octubre de 2004 (*JUR* 2004, 314091) interés del 20%; AAP Asturias (S. 5.ª) de 30 de diciembre de 2005 (*AC* 2005, 157) interés moratorio del 28%; AAP Asturias (S. 4.ª) de 7 de marzo de 2005 (*AC* 2005, 480) interés del 16,5%; AAP Soria (S. 1.ª) de 16 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006, 15399) intereses pactados del 24%; AAP Madrid (S. 4.ª) de 30 de junio de 2009 (*JUR* 2009, 400022) de interés de demora del 20,50%; SAP Asturias (S. 6.ª) 16 de enero de 2012 (*JUR* 2012, 41566) para la que no es moratorio el interés del 16,5% de una tarjeta de crédito y la SAP Asturias (S. 6.ª) 18 marzo 2013 (*JUR* 2013, 162697) contrato de préstamo bancario: interés moratorio pactado al 20%.

¹⁴² Sentencia comentada por DÍEZ GARCÍA, H. (2011).

¹⁴³ En la STS de 23 de septiembre de 2010 (*RJ* 2010, 7296) igual que en la STS de 4 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 4747), los contratos de préstamo se habían concertado antes de la entrada en vigor de la Ley de Crédito al Consumo.

¹⁴⁴ CARRASCO PERERA, A. (2017, 781 y 782), entiende que la aplicación analógica de la Ley de Contratos de Crédito al Consumo al consumo «es muy dudosa» si no fuera que con ella se quiere acceder al control de la tasa de interés; DÍEZ GARCÍA, H. (2011), señala como dificultad para interpretar analógicamente la ley de créditos al consumo el hecho de que el artículo 2.3 LCC prohíbe la aplicación de esa ley a los préstamos hipotecarios; MARÍN LÓPEZ, M.J. (2013, 185), considera que el tipo máximo de 2,5 veces el interés legal no era aplicable analógicamente a los intereses de demora en los préstamos hipotecarios puesto que no existía el requisito de la identidad de razón.

¹⁴⁵ SABATER BAYLE, E. (2015).

¹⁴⁶ Artículo modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el R.D. Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁴⁷ El Auto AP Barcelona de 20 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 55341) establece la nulidad por abusiva la cláusula de intereses moratorios del artículo 576 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil incluso para los préstamos con garantía hipotecaria*. El AAP Navarra de 17 de octubre de 2019 (*JUR* 2020, 15246) también declara la nulidad de los intereses de un contrato de seguro. La SAP Madrid (S. 6.^a) de 6 febrero de 2020 (*JUR* 2020, 97564).

¹⁴⁸ En este sentido en las SSTs de 23 de diciembre de 2015 (*RJ* 2015, 5714), de 18 de febrero de 2016 (*RJ* 2016, 619), de 3 de junio de 2016 (*RJ* 2016, 619) y de 19 de febrero de 2020 (*RJ* 2020, 398) se establece que puede haber abusividad aunque se respete el límite del artículo 114.3 de la Ley Hipotecaria.

*Trabajo recibido el 11-5-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

Las obligaciones civiles derivadas
de contratos y cuasi contratos
con implicaciones penales
en el ámbito de los delitos contra
el patrimonio: apropiación indebida
y administración desleal

*Civil obligation arising from contracts
and quasi contracts with criminal
implications in the field of crimes
against total assets: misappropriation
and unfair administration*

por

MARÍA ROSARIO MARTÍN BRICEÑO

*Profesora titular (i) de Derecho civil de la Universidad Rey Juan Carlos **

RESUMEN: Las consecuencias derivadas del incumplimiento de las obligaciones vinculadas a los contratos de cesión de uso y disfrute, a los contratos de gestión de intereses ajenos o a ciertos contratos de naturaleza

* <https://orcid.org/0000-0003-3294-6477>.

dispositiva se pueden trasladar al Código penal, si la conducta de quien las incumple está tipificada como delictual. A partir de esta premisa analizamos los delitos de apropiación indebida y de administración desleal como delitos de naturaleza patrimonial que son, a fin de distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad penal con origen en los citados contratos, y también a veces de los cuasi contratos; haciendo hincapié en que el bien jurídico que se protege a través de la imputación del delito de apropiación indebida es la propiedad, mientras que el propio delito de administración desleal es la adecuada gestión de un patrimonio ajeno.

ABSTRACT: Consequences arising from non-compliance with obligations derived from assignment contract of use and enjoyment, management contracts of people's interest or certain transfer contracts of rights may be transferred to the Penal Code, if the conduct of the person who breaches them is criminal. From this premise we analyze the offences of misappropriation and unfair administration as patrimonial crimes that they are, in order to distinguish the civil liability from the criminal liability coming from those contracts, and also sometimes from quasi contracts; emphasizing that the legal good that is protected through the imputation of the crime of misappropriation is the property, while the interest protected by the unfair administration is the proper management of other people's goods.

PALABRAS CLAVE: Contratos. Cuasi contratos. Gestión. Propiedad. Posesión. Bienes. Responsabilidad civil y penal. Apropiación indebida. Administración desleal y perjuicio patrimonial.

KEY WORDS: Contracts. Quasi contracts. Management. Property. Possession. Goods civil and penal responsibility. Misappropriation. Unfair administration and patrimonial damage.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES.—II. LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA: 1. ASPECTOS RELATIVOS A SU TIPIFICACIÓN PENAL. 2. ÁMBITO OBJETIVO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE UN PATRIMONIO AJENO. 3. RELEVANCIA DEL TÍTULO EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA.—III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE USO Y DISFRUTE.—IV. EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN: 1. SUJETO QUE SE EXCEDE EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES AL ADMINISTRAR UN PATRIMONIO AJENO: CONSECUENCIAS. 2. LA GESTIÓN DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN RESTITUTORIA.—V. LOS CONTRATOS DISPOSITI-

VOS.—VI. LOS CUASI CONTRATOS.—VII. MEDIDAS CAUTELARES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS.—VIII. CONCLUSIONES.—IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—X. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Son muchas las situaciones en las que las consecuencias dañosas derivadas del incumplimiento de un contrato no solo se solventan por la vía del resarcimiento de los perjuicios originados propios de la responsabilidad civil contractual. A veces la conducta del incumplidor se traslada al Código penal en el caso de que aquella esté tipificada como delictual. Para determinar cuándo se imputa un delito de naturaleza patrimonial a un sujeto en tales circunstancias, debemos analizar cuáles son los requisitos propios del delito que se pretende atribuir a quien no cumple con las obligaciones que le corresponden¹. A este fin habrá que valorar las diferentes relaciones contractuales cuyas vicisitudes finalmente pueden hacer que los efectos de su incumplimiento desemboquen en el ámbito del Derecho penal.

II. LOS DELITOS DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL Y DE APROPIACIÓN INDEBIDA

1. ASPECTOS RELATIVOS A SU TIPIFICACIÓN PENAL

Es la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal la que aporta la redacción que actualmente tienen los artículos 253 y 254 de este texto legal al disponer que se imputará un delito de apropiación indebida a *«los que, en perjuicio de otro, se apropiaren para sí o para un tercero, de dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble, que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubieran sido confiados en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido»*. Añade el artículo 254 del mismo cuerpo legal que *«Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con una pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años»*². Del texto legal expuesto se induce que el delito de apropiación indebida se caracteriza por apropiarse o distraer dinero, efectos, valores o cualquier otro bien mueble ajeno; un bien que posee aquel a quien se le imputa este delito, pero en virtud de un título justo del que se deriva, entre otras obligaciones, la de restituir el bien a su propietario o a un tercero cuando decaen los efectos del contrato que

le vincula. En consecuencia, según lo previsto por el artículo 253 Código penal, mientras el sujeto posee el bien conforme a los efectos del contrato que justifica esta situación, como es el depósito, la comisión o cualquier otro título al respecto, no se le puede imputar delito de apropiación alguno. Solo cuando se extinguen los efectos de aquellos, y el sujeto obligado no devuelve el bien a quien corresponde, cabe plantearse la posibilidad de imputarle un delito de esta naturaleza si se considera que aquel pretende incorporarlo a su patrimonio³.

No obstante, el delito de apropiación indebida incluye dos situaciones diversas: la primera se refiere a la apropiación indebida clásica que afecta a bienes no fungibles (por ej., un cuadro); en cambio la segunda se basa en la distracción de dinero o bienes fungibles. Siendo esto así, en el caso de que el bien sea fungible, tal y como sucede con el dinero, habría que examinar qué finalidad se ha acordado para el mismo. Este criterio es determinante para analizar si quien recibe una cantidad de dinero se está apropiando de ella en función de si cumple con el destino pactado o no.

Junto a la situación descrita anteriormente, el artículo 254 Código penal incluye otros supuestos diversos de los planteados por el precepto que le antecede. Utiliza unos términos que permiten considerar que, en realidad, estamos ante un ámbito de aplicación basado en un sistema de *numerus apertus*. Razón: el legislador se refiere a «*Quien, fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena*», incrementando la pena si el objeto delito recayera sobre «*cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico*». Por tanto, cabe plantearse en qué situaciones se puede imputar un delito de apropiación indebida de una cosa mueble ajena más allá de lo previsto por el artículo 253 Código penal

En cuanto a la administración desleal, el artículo 252 Código penal tipifica la conducta de quien «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*»⁴. Y, ¿por qué abordo un estudio conjunto de la apropiación indebida y de la administración desleal? Porque a veces el incumplimiento de un contrato puede conducir a uno u otro delito. Esta es la razón por la que hay que distinguir aquellos casos en los que un sujeto se apropia de algo de modo indebido de aquellos otros en los que lo que se produce es una mera administración desleal; algo que sucede sobre todo cuando el objeto es el dinero. La propia Sentencia de la Audiencia Nacional (sección 4.^a), de 11 de enero de 2018, hace referencia a la dificultad que ha existido tradicionalmente para delimitar ambos tipos penales, aspecto importante a tener en cuenta debido a «su diversa penalidad, su distinto emplazamiento sistemático y la variada interpretación que la doctrina, tanto científica como jurisprudencial, les

dispensaba, especialmente cuando se trataba de actos punibles cuyo objeto estaba representado en dinero».

La última reforma del Código penal de 30 de marzo de 2015, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial más moderna, modifica la sección 2.^a del capítulo VI del título XIII del libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal»; y se crea una sección 2.^a bis en el mismo capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida». El delito de administración desleal pasa a ser considerado un delito de carácter patrimonial al estar integrado en el título dedicado a este tipo de conductas delictuales, sin quedar limitado al ámbito de las sociedades como sucedía antes a través del artículo 295 Código penal ya derogado⁵. De este modo no se limita a los supuestos de administradores de sociedades ya que deja de estar incluido en el capítulo XIII dedicado a los delitos societarios. Se define como delito patrimonial, y al ampliar su ámbito objetivo no solo se incluyen los actos administrativos ejecutados en virtud de un negocio jurídico de apoderamiento, sino también aquellos otros encomendados a un sujeto bien por la ley, tal y como sucede con el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, bien por la autoridad competente, situación que se plantea, por ejemplo, ante el ejercicio de una administración concursal⁶. El motivo que apunta el legislador para tipificar el delito de administración desleal dentro del conjunto de delitos patrimoniales es la entidad atribuida a este tipo de conductas delictuales⁷. Son ellas las que conducen a tenerlo en consideración más allá de ser incluido como una mera modalidad del conjunto de delitos societarios. Lo relevante de la conducta tipificada como delito de administración desleal es el perjuicio que se produce al patrimonio del administrado a través de la gestión que se hace del mismo, con independencia de cuál sea el origen de las facultades del administrador que actúa como sujeto activo delito. Por tanto, cualquier persona puede llegar a ser sujeto pasivo de este delito, y no solo una sociedad⁸.

El Código penal ha pretendido delimitar con una mayor claridad qué diferencias existen entre los tipos delictuales de administración desleal y apropiación indebida. Por ello, la propia exposición de motivos establece que *«Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal»*. Con ello queda fuera del ámbito de los

delitos de apropiación indebida la administración desleal por distracción de dinero ya que a esta conducta se le atribuye su propio tipo penal autónomo de administración desleal, aunque con la precisión que manifiesta el Tribunal Supremo (Sala 2.^a), en Sentencia de 2 de marzo de 2016: se incluyen dentro del delito de apropiación indebida aquellos supuestos en los que el acusado se apropia para sí o para otros de dinero que «hubiera recibido en depósito, comisión o custodia, o que le hubiere sido confiado en virtud de cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlo o devolverlo, o negare haberlos recibido», por lo que la nueva redacción del artículo 253 Código penal incluye expresamente el dinero entre los bienes que pueden ser objeto de apropiación indebida. La Sala Segunda del Alto Tribunal, en Sentencia de 2 de octubre de 2019, se refiere a la distinción clásica entre el delito de apropiación indebida en sentido estricto de cosas muebles ajenas no fungibles que comete el poseedor legítimo que las incorpora a su patrimonio con ánimo de lucro y la distracción de dinero o cosas fungibles «cuya disposición tiene el acusado a su alcance, pero que ha recibido con la obligación de darles un destino específico». El Tribunal Supremo (Sala 2.^a), en Sentencia de 24 de julio de 2019, abunda en el matiz que distingue la apropiación como acto que «significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla», de la distracción que implica «dar a lo recibido un destino distinto del pactado». Todo ello, sin olvidar que la imputación de un delito de apropiación indebida incluye no solo la apropiación del bien en beneficio del sujeto activo del delito, sino también aquella otra realizada en beneficio de otro, que es lo que sucede cuando el autor del delito no es quien finalmente se queda con el dinero del que se ha apropiado, sino que es un tercero quien lo recibe como consecuencia de la conducta apropiatoria⁹.

Por consiguiente, si un sujeto se apropia de un bien y con ello quiebra la relación de confianza existente con el propietario de la cosa, podremos estar ante un delito de administración desleal y estafa¹⁰. Se trata de analizar la conducta del administrador en relación con bienes que debe gestionar para saber si se ha extralimitado en las facultades que le han sido atribuidas por su representado, provocándole el correspondiente perjuicio. En cambio, si lo que se produce es una apropiación de un bien mueble ajeno sin que concurren estas condiciones, cabría hablar de un delito de apropiación indebida ya que aquí la voluntad del acusado es la de actuar con facultades dominicales sobre un bien ajeno¹¹.

La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 9 de septiembre de 2016, ya establecía como criterio diferenciador entre el delito de apropiación indebida y el de la administración desleal, el carácter definitivo de la disposición de los bienes en perjuicio de su titular. Consideraba el Alto Tribunal que solo en este último caso estaríamos en presencia del tipo delictual de

apropiación indebida porque se produce lo que se ha denominado «punto sin retorno». Es una forma de constatar que existe una voluntad definitiva de no restituir o una imposibilidad de devolver el dinero u otro bien mueble del que se ha apropiado el sujeto activo; mientras que la administración desleal, aun implicando un comportamiento abusivo en relación con la gestión de unos bienes ajenos que perjudica a su titular, aquel no llega a provocar una pérdida definitiva de estos¹². Por consiguiente, cabe señalar que el objeto principal tutelado en el delito de administración desleal no coincide con aquel que se infiere delito de apropiación indebida. Razón: el interés jurídico que protege la tipificación del delito de apropiación indebida es la defensa del dominio o el cumplimiento del deber restitutorio derivado de una relación jurídico-obligatoria cuando el objeto es un bien fungible como lo es el dinero. Siendo esto así, el sujeto pasivo del delito de apropiación indebida será el propietario del bien del que el sujeto activo se ha apropiado o el acreedor que reclama la entrega de la prestación no reintegrada derivada esta de un derecho de crédito existente frente al sujeto activo del delito (por ej., devolución del dinero anticipado para ejecutar un contrato de obra). Por el contrario, el bien jurídico que se protege en el delito de administración desleal es más amplio: es el patrimonio ajeno que se administra.

Por otra parte, la redacción actual del artículo relativo al delito de apropiación indebida deja claro que su objeto son los bienes muebles. Sin embargo, del texto original del artículo 252 del Código penal de 1995 se podía extraer un ámbito objetivo más amplio al tipificar el delito de apropiación indebida como aquella conducta de un sujeto que se apropia o distrae «dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial». Con base en estos términos, conforme a lo dispuesto por la STS (Sala Segunda), de 28 de junio de 2005, no solo quedaban incluidos los bienes muebles, sino todo el «activo patrimonial». Por consiguiente, desde esta perspectiva cabía plantearse la inclusión de los bienes inmuebles como objeto de un delito de apropiación indebida al formar parte del activo patrimonial; y, por ello, el Alto Tribunal, en la Sentencia de 28 de junio de 2005, anteriormente citada, se pronunciaba en tales términos: «mediante un acto de distracción que podría integrar una modalidad de apropiación indebida, correspondiente a la figura penal de la administración desleal (...), no cabe duda que se trata en definitiva de la distracción de un inmueble, (...) de modo que en virtud del principio de taxatividad, con que han de ser interpretados los tipos penales, tal acción no era típica en la fecha de comisión de los hechos, por haber sido incorporado a la tipología del artículo 252 del nuevo Código penal, la expresión «activo patrimonial», en donde con facilidad puede subsumirse esta propiedad inmobiliaria»¹³. Esto es, dentro de la noción de «activo patrimonial» se incluyen todo tipo de bienes o derechos de contenido patrimonial. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 253 Código

penal dedicada a la apropiación indebida define con claridad que el objeto de este delito es exclusivamente un bien de naturaleza mobiliaria al referirse expresamente a los bienes muebles¹⁴.

2. ÁMBITO OBJETIVO DEL DELITO DE ADMINISTRACIÓN DESLEAL DE UN PATRIMONIO AJENO

El Código penal delimita el alcance objetivo del delito de administración desleal haciendo referencia a la noción de patrimonio¹⁵. En este sentido el bien jurídico que se protege en el delito de administración desleal es más amplio que el previsto para el delito de apropiación indebida; es el patrimonio ajeno que se administra¹⁶. Ahora bien, ¿cómo definimos esta locución a fin de determinar cuál es su objeto?

El significado jurídico del término «patrimonio» está presente en nuestro ordenamiento jurídico en diferentes esferas. Podríamos reconducirlo al concepto que emplea el legislador en el artículo 659 del Código civil, conforme al cual «*La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte*». Es una forma de indicar que solo los derechos personalísimos y los patrimoniales de naturaleza vitalicia se extinguen con la muerte de su titular. El resto de los bienes, derechos y obligaciones componen la masa hereditaria objeto de la sucesión *mortis causa*. El contenido de esta masa hereditaria constituye el patrimonio de la persona física cuando esta fallece y con su descripción podríamos delimitar su concepto. Si empleamos este concepto de patrimonio incluiríamos no solo el activo patrimonial, sino también el pasivo o deudas que se atribuyen a una persona, respecto de las cuales hay que tener presente el principio de responsabilidad patrimonial universal dispuesto por el artículo 1911 del Código civil, según el cual «*Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros*».

Sin embargo, dentro de la noción de patrimonio empleada por el artículo 659 del Código civil, aunque se incluyen todos los bienes de naturaleza económica, se excluyen aquellos otros que, aun teniendo un contenido patrimonial, se extinguen tras la muerte de su titular. Estos no forman parte del caudal relicto, pero sí son derechos incluidos en el patrimonio de una persona por lo que no parece oportuno aplicar el concepto que define el patrimonio hereditario a la noción de patrimonio como objeto de un delito de administración desleal.

Sí parece más adecuado sostener que el patrimonio está formado por el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de contenido económico del que una persona es titular, sea esta física o jurídica. Aunque sin olvidar que el patrimonio de una persona física no tiene especial relevancia como objeto de una

relación contractual con carácter general¹⁷. Fuera de ciertos casos el patrimonio es inalienable como tal y, en este sentido, su gestión se refiere a cada uno de los bienes, derechos y obligaciones individualmente considerados y unidos todos ellos bajo una misma titularidad. No existe un derecho sobre el patrimonio. Es un modo de contemplar un conjunto de bienes y deudas unidos bajo una misma titularidad. Esta unión permitirá valorar la solvencia del titular que debe hacer frente a sus responsabilidades civiles mediante su activo. Lo destacable es el denominador común: su atribución a un mismo titular —sea esta persona física o jurídica—. Es este sujeto quien tiene capacidad y está legitimado para realizar actos jurídicos que afecten a los bienes, derechos y obligaciones que constituyen este patrimonio. Por tanto, no cabe hablar de un derecho sobre el patrimonio porque no se puede transmitir, aunque el legislador se refiera en algún artículo a la constitución de un derecho sobre un patrimonio¹⁸.

Por otro lado, la entidad del patrimonio de una persona jurídica está presente durante el proceso de su extinción. Lo que se liquida es un patrimonio que actúa como un ente que engloba un conjunto de bienes singulares. Si lo que se produce es una fusión de dos sociedades, la nueva sociedad derivada de aquella adquirirá también a título universal los patrimonios de las sociedades que se extingan; aunque en realidad lo que se produce no es una transmisión de patrimonio sino una sucesión en el mismo. La misma situación se plantea en el caso de que una sociedad absorba a otra. En definitiva, el patrimonio se liquida, pero no se enajena.

Es cierto que hablamos de bienes y derechos de contenido económico como elementos que conforman un patrimonio, razón por la que quedan fuera todos los atributos propios de la persona. No obstante, este término no es equiparable al adjetivo patrimonial, pues hay bienes que, aun siendo extrapatrimoniales, de ellos se puede deducir una pretensión de contenido económico en el caso de que aquellos sean dañados. Del mismo modo, aunque existen derechos patrimoniales transmisibles —derechos reales, derechos de crédito y obligaciones—, hay otros que no lo son porque tienen carácter personalísimo, en cuyo caso se extinguen con la muerte de su titular (por ej., el usufructo vitalicio; los derechos de uso y habitación; obligaciones de naturaleza intransmisible derivadas de un contrato de mandato, etc.—). En cualquier caso, el patrimonio estará compuesto por obligaciones y derechos; y estos últimos podrán ser de naturaleza crediticia o reales. Esta afirmación implica matizar que será el derecho real, y no el bien sobre el que recae, el que integre el contenido del patrimonio. Esto es, interesa saber si el derecho real sobre un inmueble es el dominio o el usufructo, y no en sí el bien, porque así quedarán delimitadas qué facultades podrán ser ejercitadas sobre el mismo, así como su valoración económica dentro del patrimonio.

Por supuesto, no cabe duda alguna sobre la inclusión tanto de bienes muebles como de bienes inmuebles dentro del concepto de patrimonio. En

consecuencia, una vez diferenciados los tipos penales de apropiación indebida y de administración desleal como dos delitos de naturaleza patrimonial con un contenido diverso, no existe óbice alguno para admitir la inclusión de los activos inmobiliarios en el ámbito objetivo tipificado para el delito de administración desleal¹⁹. Y es que en este delito se hace referencia a la administración desleal de un patrimonio ajeno por lo que dentro de la locución «patrimonio» no cabe excluir a los bienes inmuebles.

A la luz de la delimitación de la noción de patrimonio que acabamos de exponer, el ámbito objetivo del delito de administración desleal de un patrimonio ajeno incluye todos los bienes, derechos y obligaciones ajenos de carácter singular que se contemplan como propios del sujeto pasivo del delito; aunque el vínculo que une al sujeto pasivo con un patrimonio no siempre es el del dominio ya que a veces estamos ante un usufructuario, por lo que resulta más preciso hacer referencia al titular de una serie de bienes, derechos y obligaciones susceptibles de ser administrados, pues la noción de titularidad es un concepto más amplio que permite incluir otro tipo de relaciones jurídicas distintas de la propiedad de los bienes. Asimismo, hablar de titularidad implica incluir todos aquellos bienes adquiridos conforme a las reglas establecidas por el Código civil²⁰ bajo un mismo titular, pero no aquellos que no le pertenecen, aunque su apariencia jurídica nos indique lo contrario (por ej., un bien mueble robado o hurtado de acuerdo con lo establecido por el art. 1956 CC). Sin embargo, sí se incluyen todos aquellos bienes adquiridos *a non domino* conforme a lo previsto por los artículos 464 del Código civil, 34 de la Ley Hipotecaria²¹ y 85 del Código de Comercio²².

En definitiva, el objeto del delito de administración desleal puede recaer sobre un patrimonio como un todo integrado cuando este se haya constituido como tal en los términos anteriormente descritos. Si no es así, los posibles objetos del delito serán bienes, derechos y deudas particulares pertenecientes a un mismo titular, lo que permitirá englobarlos en un mismo patrimonio, concepto que justifica que el delito de administración desleal sea incluido dentro del título XIII del Código penal dedicado a los delitos contra el patrimonio. Que el delito de administración desleal tenga por objeto un patrimonio ajeno, permite interpretar el término ajenidad en relación con quien va a administrarlo, en cuyo caso no se requiere que el patrimonio pertenezca a quien encarga la administración, pues el beneficiario de la gestión puede ser también un tercero (art. 1257 CC).

3. RELEVANCIA DEL TÍTULO EN EL DELITO DE APROPIACIÓN INDEBIDA

El delito de apropiación indebida se configura como un delito que afecta a la propiedad de los bienes que forman parte del patrimonio del sujeto pasivo.

La STS (Sala 2.^a), de 28 de junio de 2005, ya se refiere a la doctrina jurisprudencial que mantiene que el objeto típico del delito de apropiación indebida debe haberse entregado en virtud de un título que genere la obligación de entregarlo o devolverlo, excluyendo por tanto todos aquellos otros que implican la transmisión de la propiedad. En este sentido la STS (Sala 2.^a), de 2 de octubre de 2019, sostiene que estamos ante un sistema de *numerus apertus* por lo que se considera que deben quedar incluidas todas aquellas relaciones jurídicas que generan la obligación de restituir, «incluso las de carácter complejo y atípico que no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil, sin otro requisito que el exigido en la norma penal», que no es otro que el de la devolución del bien.

Por consiguiente, resulta relevante la naturaleza del título mediante el cual se pretende imputar un delito de apropiación indebida, ya que el título determina la adquisición y el contenido de la posesión de un bien por parte de un sujeto, que se puede definir como todo acto o negocio jurídico adecuado para disfrutar de un derecho sobre un bien. Por ello si lo que se pretende es adquirir la propiedad de un bien, el título idóneo deberá ser una compraventa, una permuta o una donación, pero en ningún caso un contrato de arrendamiento. En este sentido, la conducta tipificada en el artículo 253 Código penal se basa en que la posesión del bien por parte del sujeto activo se justifica en un título cuyos efectos decaen en función de lo pactado o de lo dispuesto por la ley; y es a partir de este momento, y ante la falta de restitución del objeto a quien corresponda, cuando se plantea la imputación de un delito de apropiación indebida. En este sentido, el legislador es claro al respecto cuando se refiere a que el objeto del delito ha sido entregado al sujeto activo en virtud de un título que «*produzca la obligación de entregarlos o devolverlos*».

Conforme a una interpretación *a contrario* se excluyen todos aquellos títulos que sirven de fundamento para transmitir la propiedad de un bien, como son los contratos de compraventa, de donación o de permuta. Debe ser un título dirigido a transmitir exclusivamente la posesión del objeto. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 11 de junio de 2020, se pronuncia sobre la idoneidad del título para fundamentar un delito de apropiación indebida cuando considera que la permuta no es un negocio jurídico apto para configurar un delito de apropiación indebida ya que de él no se deriva la obligación de «devolver o restituir la cosa entregada», como tampoco lo es el contrato de compraventa por producir «un efecto traslativo del dominio, convirtiendo al adquirente de la cosa en dueño absoluto y legítimo de la misma, haciendo imposible la materialización del delito, pues mal puede apropiarse de algo quien ya es su propietario».

El artículo 253 del Código penal se refiere a los bienes entregados en «*depósito, comisión, o custodia*», o a todos aquellos «*confiados en virtud de*

cualquier otro título que produzca la obligación de entregarlos o devolverlos» sin que ello implique hablar de un *numerus clausus*. Siendo esto así, el Alto Tribunal, en la sentencia anteriormente citada, incluye los contratos de mandato, aparcería, transporte, prenda, comodato, compraventa con pacto de reserva de dominio, sociedad, arrendamiento de cosas, de obras o servicios, y todos aquellos contratos complejos que, por su naturaleza atípica, «no encajan en ninguna de las categorías concretadas por la ley o el uso civil o mercantil»²³. No obstante, la naturaleza del contrato no queda definida por la nominación que las partes intervinientes den a aquel. Es el contenido del contrato que hubieran pactado de acuerdo con lo previsto por el artículo 1255 del Código civil, el que define qué tipo de contrato tenemos: traslativo de la propiedad o de una mera posesión. Este aspecto es fundamental para justificar si estamos ante un delito de apropiación indebida o no, porque todos los títulos que transmiten el dominio del bien, como sucede con la compraventa, la permuta, el préstamo mutuo o la donación, no son idóneos para ello²⁴.

La STS (Sala 2.^a), de 20 de mayo de 2020, plantea precisamente una situación en la que distingue con claridad el ilícito penal del ilícito civil derivado del incumplimiento de un contrato de compraventa. El acusado adquiere veinticinco viviendas de la promoción que se iba a construir un promotor que después ofertó a particulares a través de las entidades inmobiliarias de las que era administrador. En concepto de reserva para la adquisición de estas viviendas, el acusado recibió una serie de cantidades por parte de los adquirentes de las viviendas con las que no pagó el precio de las viviendas al promotor, por lo que este resolvió el contrato de compraventa. Las viviendas no fueron construidas lo que determinó que las personas que habían hecho una reserva reclamaran al acusado la devolución de las cantidades entregadas. No lo hizo, ni tampoco justificó su destino. El Alto Tribunal considera que el acusado ha actuado como administrador, pero esta relación jurídica no es equiparable a la que se produce «entre promotor y comprador de viviendas en construcción y que está sujeta a un régimen especial de cautelas, como la contratación de un seguro que garantice la devolución de las cantidades entregadas, o el establecimiento de una cuenta especial que garantice que las cantidades que se entregan se empleen obligatoriamente en la construcción». Lo que existe es un conjunto de contratos de compraventa que obligaban al vendedor a entregar las viviendas una vez construidas, «pero no a que las cantidades entregadas estuvieran específicamente destinadas a un fin concreto». Por tanto, son cantidades que se pueden incorporar a su patrimonio sobre las que no existía «una obligación específica de devolución», aunque sí «de cumplir el contrato, lo que no supone que el incumplimiento del contrato sea constitutivo de delito y que la no devolución de lo entregado constituya

un delito de apropiación indebida. Se trata de un ilícito carente de relevancia penal». No existe obligación alguna de restitución, y sí un incumplimiento de un contrato de compraventa.

La situación que tiene quien no restituye el objeto a la persona legítima para reclamarlo, se puede calificar como posesión ilegítima ya que carece de título que la justifique. Pero esto no es lo mismo que afirmar que toda posesión ilegítima por sí misma conlleva la imputación de un delito de apropiación indebida. Es necesario que concurra también el ánimo del sujeto activo de apropiarse de tales bienes pues el sujeto activo posee el bien en concepto de dueño sin que exista un título que justifique una posesión legítima. El estado posesorio del sujeto a quien se pretende imputar un delito de apropiación indebida se le aplica el artículo 448 del Código civil, conforme al cual *«El poseedor en concepto de dueño tiene a su favor la presunción legal de que posee con justo título, y no se le puede obligar a exhibirlo»*. Por tanto, pese a la inexistencia de un derecho real de dominio sobre el objeto de apropiación indebida por carecer el sujeto activo de título en que fundamentarlo, este posee en calidad de dueño lo que justifica la presunción del artículo 448 del Código civil. El sujeto activo del delito actúa como propietario, razón por la que será el no poseedor quien tendrá que probar que tiene mejor derecho sobre el objeto de la presunta apropiación.

III. LA RESPONSABILIDAD DERIVADA LOS CONTRATOS DE CESIÓN DE USO Y DISFRUTE

Los contratos de arrendamiento, de comodato, y, en general, todos aquellos cuya finalidad manifiesta es ceder la posesión de un bien para su uso y disfrute ajeno podrían incluirse en la tipificación de aquellas relaciones jurídicas que justifican un delito de apropiación indebida. Razón: todos ellos conllevan la obligación de restituir el bien entregado. La ajenidad del objeto que usa o de cuyos rendimientos se aprovecha una de las partes justifica que podamos hablar de un delito de apropiación indebida en el caso de que concurran los elementos propios de este tipo penal, y siempre que el objeto del contrato sea un bien mueble. Por consiguiente, el contrato de arrendamiento interesa siempre y cuando su objeto sea un bien mueble o semoviente, pero no cuando recaiga sobre un bien inmueble²⁵; aunque esto no es óbice para imputar un delito de apropiación indebida respecto de los bienes muebles que están dentro de un inmueble arrendado, tal y como ha precisado el Tribunal Supremo (Sala 2.^a) en Sentencia de 16 de marzo de 2005²⁶.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1543 del Código civil, el arrendamiento de cosas es un contrato a través del cual el arrendador *«se obliga a*

dar» al arrendatario «el goce o uso de una cosa por tiempo determinado y precio cierto», arrendador que puede ser tanto propietario como usufructuario del bien cuyo uso se cede. Por tanto, son elementos definitorios, en cuanto esenciales, del contrato de arrendamiento la obligación del arrendador de entregar la posesión del bien arrendado en concepto exclusivamente del uso del mismo, su carácter temporal, en cuanto que su duración está determinada o debe poderse determinar de acuerdo con las reglas establecidas por el Código civil, y su naturaleza onerosa, por cuanto que el arrendatario debe abonar siempre un precio o renta, aspecto que lo diferencia del contrato de préstamo de uso o comodato cuya naturaleza es gratuita.

Por otra parte, aunque la normativa del Código civil se refiere a las fincas rústicas y urbanas al regular los arrendamientos, esto no es óbice para considerar que su objeto pueden ser también los bienes muebles; siempre y cuando no sean bienes fungibles *«que se consumen con el uso»* (art. 1545 CC), ya que, si así fuera, estaríamos hablando del contrato de préstamo o mutuo, pero no de un arrendamiento. Por ello, de acuerdo con una interpretación *a contrario*, pueden ser objeto de arrendamiento todos aquellos bienes muebles no fungibles y semovientes. Razón: son objeto de apropiación en los términos expresados por el artículo 333 del Código civil.

El derecho del arrendatario le permite gozar de la cosa arrendada conforme al uso pactado, y, en defecto de pacto, conforme al que se infiera de su naturaleza. Ahora bien, el arrendatario está obligado a pagar la renta acordada y a responder por el deterioro o pérdida del objeto, *«a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya»* (art. 1563 CC); y, por supuesto, a devolver la cosa arrendada una vez finalizado el contrato de arrendamiento *«tal y como la recibió, salvo lo que hubiese perecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable»* (art. 1561 CC); en este sentido, se presume que recibió la cosa en buen estado, *«salvo prueba en contrario»* (art. 1562 CC). Así mismo, es causa de extinción del contrato de arrendamiento el mero cumplimiento del término acordado en el contrato, sin necesidad de requerimiento alguno; si bien es cierto que conforme a lo dispuesto por el artículo 1566 del Código civil se puede producir la tácita reconducción si el arrendatario continúa disfrutando *«quince días de la cosa arrendada con aquiescencia del arrendador»*, en cuyo caso estaremos ante un nuevo contrato de arrendamiento, aunque sujeto, eso sí, a las mismas condiciones y pago de renta que el anterior ya vencido, al que se le aplicará un periodo de duración que se hará depender sobre todo de cómo se haya pactado el pago de la renta, a la luz de lo dispuesto por artículo 1581 del Código civil²⁷. La STS (Sala 1.^a), de 2 de octubre de 2020, hace referencia a los requisitos que son comúnmente aceptados para entender que se ha producido una tácita reconducción cuyo fundamento se encuentra en «la presunción legal del consentimiento del arrendador

en la continuación del contrato»: «1. que al terminar el contrato, permanezca el arrendatario quince días disfrutando de la cosa arrendada; 2. que el disfrute por el arrendatario (...) lo sea con la aquiescencia del arrendador, entendiéndose destruido el consentimiento del arrendador por cualquier hecho que evidencie la voluntad contraria a la continuación en el arrendamiento; y 3. que no haya precedido requerimiento». Se infiere una voluntad presunta del arrendador que, a su vez, concurre con la del arrendatario cuya posibilidad de tácita reconducción desaparece desde el momento en que el arrendador remite un requerimiento al arrendatario²⁸. En consecuencia, finalizará el contrato de arrendamiento iniciado a través de la tácita reconducción cuando venza este nuevo plazo.

Una vez transcurrido el plazo pactado, o la tácita reconducción, el objeto se debe restituir. Cuando el arrendatario no entrega el objeto arrendado al titular, una vez llegado el término acordado, los efectos del título que justificaba la posesión del bien ajeno decaen, razón por la que se convierte en una posesión ilícita. Lo mismo cabe aplicar en el caso de que se resuelva el contrato de arrendamiento por incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, de las que cabe resaltar, conforme a lo dispuesto por el artículo 1555 del Código civil, el impago del precio del arrendamiento acordado o el uso inadecuado del bien arrendado, así como otras pactadas por las partes. El arrendador podrá pedir la resolución del contrato y su correspondiente indemnización, conforme a lo establecido por el artículo 1556 del mismo cuerpo legal²⁹. El incumplimiento del contrato conllevará la resolución del contrato y por ello también la restitución del bien arrendado. Siendo esto así, tanto si ha concluido el tiempo de duración del contrato como si se exige su resolución por incumplimiento, el arrendatario tendrá que restituir el objeto. Cuando no se produce dicha devolución, ¿la posesión ilícita podrá justificar un ilícito penal como es la apropiación indebida en el caso de que concurrieran los requisitos previstos en el artículo 253 del Código penal?

La STS (Sala 2.^a), de 30 de septiembre de 2015, indica que, «puesto que el título de la posesión, el contrato de arrendamiento es de los que produce la obligación de la entrega o devolución de su objeto una vez concluido», una vez cumplido el tipo objetivo, se infiere que ha de concurrir un dolo apropiatorio para poder imputar al arrendatario un delito de apropiación indebida³⁰. Añade el Alto Tribunal que «el dolo apropiatorio, o mejor dicho su ausencia, solo podría deducirse de la prueba de la complejidad de la relación», por lo que se debe probar su existencia³¹. Por lo que, tal y como ya manifestó la STS (Sala 2.^a), de 16 de julio de 2007, no concurre un delito de apropiación indebida en el caso de que el bien arrendado se restituya, aunque sea fuera de plazo. El elemento subjetivo es fundamental para dirimir si estamos en el plano civil o penal. En este sentido no se imputa un delito de apropiación indebida por no haber destinado el objeto a los usos

acordados. Es necesaria la concurrencia de un dolo apropiatorio porque, si no fuera así, estaríamos valorando el incumplimiento de la finalidad pactada en el contrato.

Cabría encontrar una cierta equivalencia entre el dolo civil y la mala fe si nos referimos al incumplimiento de una obligación contractual. Mientras la culpa se describe en el artículo 1104 del Código civil como *«la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»*, el dolo se caracteriza por la intencionalidad del sujeto en su comportamiento. La culpa civil en los contratos se vincula a una conducta que, aun siendo voluntaria, se define por ser negligente. Por el contrario, en el dolo concurre la voluntad de incumplir con lo acordado en el contrato. El sujeto es plenamente consciente de la existencia del deber jurídico que se deriva de lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil, conforme al cual *«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»*. En este sentido, no basta con que su comportamiento sea antijurídico, sino que es necesario que exista además una intencionalidad del sujeto en dejar de cumplir con lo pactado en el contrato. Ahora bien, aunque el deudor doloso se sustraiga a sus obligaciones de forma deliberada, no tiene por qué perseguir un ánimo dañoso. La intención del deudor no es la de perjudicar al acreedor sino la de evitar el cumplimiento de la prestación que le corresponde. En consecuencia, surge una responsabilidad contractual cuando el *solvens* incumple con sus deberes contractuales de modo voluntario porque se produce un resultado antijurídico, siendo esta situación la que agrava su responsabilidad; pero sin necesidad de probar la intencionalidad del deudor doloso de generar un perjuicio al *accipiens* (arts. 1102 y 1107 CC). El propio artículo 1269 del Código civil se refiere al dolo *«cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho»*. La noción de dolo presente en el momento de la celebración del contrato tiene que ver con el engaño; con el aprovechamiento de una de las partes a través de esta conducta. Es una conducta reproachable por ser contraria a la buena fe. Al igual que aquellos comportamientos del deudor con el ánimo de defraudar los intereses de sus acreedores. El deudor no pretende dañarlos, pese al perjuicio que en sí produce. En realidad, su finalidad es eludir su responsabilidad civil respecto de las obligaciones contraídas.

Sin embargo, la noción del dolo es distinta si este tiene naturaleza penal. El dolo penal se distingue también de la culpa al considerar que respecto de esta última no concurre la intencionalidad del sujeto activo, cosa que sí sucede cuando interviene el dolo directo. Mientras que a una conducta

culposa se le aplica una pena menor por entender que el sujeto activo ha actuado de modo negligente o imprudente, aquella que es dolosa se caracteriza por lo contrario ya que existe siempre la intencionalidad del sujeto activo de cometer el delito y con ello el daño que conlleva. Sí es cierto que cabe hablar de un dolo eventual cuando nos encontramos en una situación intermedia entre la culpa, en la que está presente la buena fe del obligado que no actúa con la diligencia debida, y el dolo como término equiparable a la intencionalidad o a la voluntad del sujeto activo. Y es que la presencia del dolo directo implica que el sujeto activo conocía y quería las repercusiones dañosas que su conducta delictual conlleva; a diferencia de lo que sucede con el dolo eventual. En este caso, aunque el sujeto activo es consciente del daño que su conducta puede provocar, no es su objetivo. No persigue el daño de modo concreto, pero sí asume el riesgo de producir este resultado con su conducta³².

Si aplicamos los distintos conceptos de dolo en el ámbito civil y penal, podemos afirmar que la conducta del arrendatario que no quiere restituir el bien al arrendador, una vez finalizado o resuelto el contrato, será constitutivo de delito de apropiación indebida solo si concurre el elemento subjetivo propio del mismo: el dolo apropiatorio. Si el arrendatario no restituye, por ejemplo, la silla de ruedas o la cama alquilada al arrendador porque discute algunos aspectos del contrato de arrendamiento, tales como el plazo o el pago de la renta, nos situaremos en el ámbito civil. Pero si concurriera el ánimo del arrendatario de incorporar tales bienes a su patrimonio o lucrarse de ellos una vez han decaído los efectos del contrato de arrendamiento, bien porque se ha vencido el término acordado, bien porque la devolución del objeto es consecuencia de la resolución del contrato, cabría imputarle un delito de apropiación indebida. En definitiva, para imputar un delito de apropiación indebida no basta con que los efectos del título en el que se sostenía la posesión del bien de modo legítimo y lícito decaigan y se transforme esta en una posesión ilegítima. Es necesario que concurra también una clara voluntad de apropiarse del bien con el daño que en sí provoca a su titular cuya restitución reclama.

A diferencia del contrato de arrendamiento, el comodato, denominado también préstamo de uso, se refiere a un tipo de préstamo esencialmente gratuito a través del cual una persona entrega a otra *«alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva»*. Es un contrato que se perfecciona con la entrega de la cosa, por lo que se trata de un contrato real; así como unilateral por atribuir obligaciones solo al prestatario que es quien tiene que restituir el objeto prestado. Bajo este título se cede el uso del bien de modo gratuito al prestatario durante un tiempo cierto, transcurrido el cual debe devolverlo al comodante, pues este conserva la propiedad del bien o título que justifica la posesión legítima del mismo (por ej., usufructuario)³³. La

obligación restitutoria surge cuando transcurre el plazo pactado o concluye el uso para el que se ha prestado el objeto, que se puede acordar o deducir de «*la costumbre de la tierra*» (art. 1750 CC)³⁴. Una vez extinguido el contrato, el comodatario no puede retener la cosa prestada «*a pretexto de lo que el comodante le deba, aunque sea por razón de expensas*».

Puesto que del comodato se derivan también obligaciones restitutorias cabe plantearse también una situación de apropiación indebida. Ínterin, hasta que se produce la restitución, y durante el uso que se hace del bien hay que tener presente lo dispuesto por el artículo 1094 del Código civil relativo a la obligación de conservar el objeto con la diligencia de un buen padre de familia; y por ello, del artículo 1746 del Código civil se infiere que responde de los deterioros que sobrevengan a la cosa prestada por culpa suya. No siendo así, si el deterioro se deriva del uso de bien, pero este es adecuado, los daños no serán imputables al comodatario; tampoco aquellos otros producidos por fuerza mayor o caso fortuito, salvo que concurriera una situación que agravara su responsabilidad, tal y como establece el artículo 1744 del Código civil: el comodatario destina la cosa «*a un uso distinto de aquel para que se prestó, o la conserva en su poder por más tiempo del convenido*».

Un aspecto fundamental para determinar si estamos ante un delito de apropiación indebida cuando el comodatario se apropia del objeto prestado, es el tiempo de duración del contrato; elemento que actúa como esencial del mismo. El del Código civil establece unas reglas dispositivas al respecto, aunque siempre está presente la idea de que el comodante puede recuperar el objeto cuando tuviera «*urgente necesidad*», siempre que la justifique (arts. 1749 CC); o también cuando no se hubiera pactado la duración del contrato o esta no se pudiera deducir del uso al que estuviera destinado el objeto, en cuyo caso podría reclamarlo «*a su voluntad*», situación que daría lugar al precario. La jurisprudencia ha definido la cesión en precario como aquella situación en la que se encuentra una persona que usa un bien ajeno con consentimiento de quien tiene atribuida su propiedad, sin que les una ningún tipo de vínculo jurídico. Aunque el precario se deduce del comodato, se diferencia claramente de este último porque aquel no está sujeto a límite temporal alguno, razón por la que el titular del bien puede reclamar su restitución sin alegar motivo alguno, mientras que el comodante debe respetar el término o el uso pactado para exigir la devolución salvo que pruebe urgente necesidad. Tal y como manifiesta el Tribunal Supremo (Sala 1.^a), en la Sentencia de 7 de octubre de 2020, se infringe lo dispuesto por el artículo 1749 del Código civil si se ha acordado un uso o una duración determinada del contrato en cuyo caso el contrato solo podrá finalizar antes si se prueba la urgente necesidad; no siendo así, estaremos ante el supuesto del artículo 1750 del Código civil, precepto que no exige dicha prueba.

Ahora bien, se plantean una serie de reflexiones relativas a la duración de los efectos del contrato de comodato que hay que resolver a fin de determinar si se puede imputar al comodatario un delito de apropiación indebida, o no. Razón: si el comodatario ha de restituir antes de tiempo ante la reclamación del comodante, ya sea por urgente necesidad cuando el contrato está sujeto a un plazo cierto, ya sea por voluntad unilateral *ad nutum* al estar en situación de precario, ¿cabe imputarle un delito de apropiación indebida cuando se niega a devolver el objeto o es necesaria también la concurrencia de una voluntad de apropiación del bien? La conducta del comodatario no se puede calificar como delictual solo por el hecho de negarse a restituir; aquel ha de actuar como si pretendiera apropiarse del bien (por ej., actuando como si el sujeto activo fuera propietario del bien al intentar venderlo). La misma regla se aplica en el caso de que el comodatario no pretenda apropiarse del objeto, pero sí de los frutos que el bien genera³⁵.

Tanto en los contratos de arrendamiento como de comodato, una de las causas de su extinción es la pérdida de su objeto, con independencia de quien tenga que soportar las consecuencias de esta pérdida a la luz de lo dispuesto por los artículos 1182, 1183, 1568 y 1745 del Código Civil. El deudor no queda exonerado de su responsabilidad civil si es culpable de su pérdida, bien porque ha actuado dolosa o negligentemente, bien porque, pese a concurrir caso fortuito o fuerza mayor, se ha incrementado su responsabilidad por estar constituido en mora (art. 1096 CC) o porque la ley o el pacto así lo han establecido (art. 1105 CC). Ahora bien, ¿cabría imputarle un delito de apropiación indebida si se prueba que la pérdida se produce tras la negativa del obligado a restituir el objeto a su titular? Si se prueba que concurre dolo penal en la conducta del sujeto activo que se niega a devolver el objeto usado, aunque el objeto se pierda después, se le podría acusar de cometer un delito de apropiación indebida ya que la conducta delictual es anterior a la causa de extinción del contrato; siempre y cuando quede probado que la apropiación ha beneficiado al sujeto activo del delito o a un tercero.

IV. EL INCUMPLIMIENTO EN LOS CONTRATOS DE GESTIÓN

1. SUJETO QUE SE EXCEDE EN EL EJERCICIO DE SUS FACULTADES AL ADMINISTRAR UN PATRIMONIO AJENO: CONSECUENCIAS

Los contratos de gestión se caracterizan por que una persona ejerce un derecho ajeno o presta un servicio en favor de otro. El objeto de este tipo de contratos es la actividad o resultado que se acuerda y que otro debe realizar en beneficio de quien lo ha contratado. Si además existe una

relación de representación, el apoderado podrá realizar ciertos actos válidos y eficaces, en nombre propio o ajeno, pero siempre por cuenta de su representado, ya que estará legitimado para ello. Se trata de una representación voluntaria sujeta al negocio jurídico del apoderamiento a partir del cual se van a definir los límites del representante, a diferencia de lo que sucede con la representación presente en instituciones como la patria potestad o la tutela, cuyo contenido viene dado por la ley. El interés que subyace en la representación legal es la protección del menor o del incapacitado para cuya limitación en su capacidad de obrar se activa un mecanismo que los proteja y permita a su representante gestionar sus asuntos de acuerdo con lo establecido por la ley³⁶. En cambio, en la representación voluntaria, la voluntad del poderdante no está ni queda limitada por apoderar a otra persona para gestionar sus intereses, ya que es él quien decide cómo y durante cuánto tiempo se van a mantener los efectos de aquella. No obstante, tanto la representación voluntaria como la legal o necesaria se fundamentan en la misma idea: el interés gestionado o administrado es ajeno, y no propio.

Hay otros contratos en los que no está presente una relación de representación pero que, sin embargo, se caracterizan por gestionar también un interés ajeno. Esto es lo que sucede con el contrato de obra que permite a una de las partes, mediante precio, acordar con otra un resultado que redunde en su beneficio; o con el arrendamiento de servicios a través del cual se pretende que alguien desarrolle una actividad por encargo de otra a cambio de una retribución. Tanto el uno como el otro son definidos como contratos dedicados a la gestión de un interés ajeno³⁷.

Desde esta perspectiva, hay que valorar qué conducta puede ser calificada como gestión desleal de patrimonios ajenos, ahora que este delito ya no queda circunscrito al ámbito societario. Y es que, conforme a lo dispuesto por el artículo 452 Código penal, quien, «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico*», las infrinja porque se excede «*en el ejercicio de las mismas*», y a causa de ello, provoque «*un perjuicio al patrimonio del administrado*», podrá ser acusado de un delito de administración desleal. Siendo esto así, la conducta punible se basa en los actos administrativos realizados sobre un patrimonio ajeno; y, por ello, a diferencia de lo que sucede con el delito de apropiación indebida, el objeto que se protege al tipificar el delito de administración desleal no es el derecho de dominio sobre los bienes administrados del sujeto pasivo, sino su adecuada gestión acorde a las facultades atribuidas al administrador³⁸. De tales términos se infiere que pueden ser acusados quienes se extralimitan en el ejercicio de las facultades que le han sido atribuidas y realizan algo que no podían hacer (por ej., dedicar dinero anticipado a un fin distinto del previsto), pero también aquellos otros que omiten lo que sí deberían haber

ejecutado (por ej., reclamar un crédito). Ahora bien, tiene cabida dentro de este delito también todas aquellas conductas basadas en la gestión de un patrimonio ajeno sin que exista una relación de representación, puesto que el precepto no precisa qué tipo de negocios se incluyen. Tan solo establece que el sujeto activo del delito tiene «*facultades para administrar un patrimonio ajeno*» porque la ley o la autoridad competente, en su caso, se las ha atribuido, o bien porque así se ha acordado mediante el correspondiente negocio jurídico³⁹. Solo cuando el gestor traspasa los límites establecidos por cualquiera de estas fuentes, o actúa en contra de lo prescrito expresamente por quien le ha realizado el encargo, se le atribuye una responsabilidad por los daños que hubiera podido ocasionar⁴⁰; con independencia de si ha actuado como representante o no⁴¹.

Si existe apoderamiento, el apoderado solo podrá actuar dentro de los límites establecidos por el poder, y si es así, quedará exento de cualquier responsabilidad⁴². Cuando actúa sin poder alguno o excediéndose en el ejercicio de las facultades que le han sido conferidas, sus actos son susceptibles de ser ratificados por la persona a cuyo nombre han sido otorgados para que el acto realizado devenga plenamente válido y eficaz (art. 1259 CC), por lo que, en tal caso, aunque el apoderado se haya extralimitado en la función que le corresponde, no concurre ninguna conducta ilícita. Asimismo, aunque el artículo 1714 del Código civil dispone que «*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*», se excluye de este supuesto los actos realizados por el mandatario de «*una manera más ventajosa para el mandante que la señalada por este*» (art. 1715 CC), por lo que tampoco el acto del mandatario sería ilícito. Ahora bien, ¿cabría incluir la mala gestión como conducta a la que imputar un delito de administración desleal?

El legislador penal deja claro que la imputación de un delito de administración desleal se sostiene si los actos del administrador provocan un perjuicio en el patrimonio del administrado, sean de naturaleza administrativa (por ej., inversiones de un capital), sean de naturaleza dispositiva (por ej., venta de bienes)⁴³. El interés que se debe proteger en cuanto al ejercicio de las facultades atribuidas a un administrador es el de quien encarga la administración. Por ello el artículo 255 CCO dispone que en todo lo no previsto por el comitente, el comisionista deberá consultarle, si la naturaleza del negocio lo permitiera, y, si no es así, o si estuviera autorizado para actuar «*a su arbitrio (...), hará lo que dicte la prudencia y sea más conforme al uso del comercio, cuidando del negocio como propio*»⁴⁴. El administrador puede decidir cómo actuar, pero debe hacerlo, no solo dentro del marco que le atribuye sus facultades para administrar, sino también con la diligencia propia de un profesional o con el cuidado que él emplearía en sus propios asuntos, para así eximirle de cualquier responsabilidad; si bien es cierto que serán los Tribunales los que finalmente delimiten la diligencia exigible

en cada caso concreto⁴⁵. Sin embargo, se requiere la concurrencia de un elemento subjetivo que permita imputar el delito de administración desleal. Este puede venir dado por la concurrencia de un dolo directo por parte del administrador cuando su intención sea provocar un daño patrimonial, pero también cuando el dolo es eventual porque asume un riesgo excesivamente elevado en sus actuaciones y, aun siendo consciente de ello, las realiza sin que su objetivo sea producir un perjuicio en el patrimonio del administrado.

¿Cómo valorar el «perjuicio al patrimonio del administrado» a fin de determinar si se imputa una responsabilidad penal al administrador? ¿Basta con recurrir a un criterio objetivo que determine el daño emergente sufrido por el patrimonio en función de las pérdidas sufridas o los incrementos no producidos en el patrimonio administrado o se deben incluir también otro tipo de perjuicios? El artículo 252 Código penal tan solo dispone que si el perjuicio patrimonial no excede de 400 €, «se impondrá una pena de multa de uno a tres meses», por lo que se atenúa la pena a aplicar por la comisión de este delito⁴⁶.

Por supuesto, que el daño patrimonial se cuantifica claramente cuando no se reclama un crédito que prescribe o cuando se pierde un bien por no interrumpir una prescripción adquisitiva en favor de otro. Pero no parece oportuno, en principio, aplicar este criterio cuando se producen inversiones en un fondo y, transcurrido un tiempo, el valor de su participación se devalúa⁴⁷. Sí parece adecuado ampliar la esfera de aplicación del delito de administración y entender así que el perjuicio patrimonial va más allá del evaluable desde el punto de vista económico. Al respecto MARTÍNEZ-PUJÁN PÉREZ manifiesta que no solo la actuación desleal determina una reducción del activo o su falta de incremento, también se daña el patrimonio cuando al actuar «de modo no autorizado o contrario a los intereses del administrado» se frustra el fin perseguido, por ejemplo, «mediante la adquisición de bienes que no son útiles o que no pueden cumplir la función económica que se habría obtenido mediante una gestión leal y autorizada del patrimonio; mediante el préstamo no autorizado a terceros o su empleo en operaciones no autorizadas o ajenas al interés social o personal, de modo que se limitan las facultades de disposición sobre el patrimonio por su titular; o, también, la creación de cajas negras de fondos que se mantienen fuera del conocimiento y control del titular del patrimonio administrado»⁴⁸. También permite incluir casos de «condiciones abusivas de préstamos en beneficio de los administradores o prestación de garantías para afianzar sus deudas personales que, aunque no hayan producido un detrimento patrimonial, sí suponen una frustración del fin con arreglo al criterio funcional del patrimonio»⁴⁹; todo ello, aunque el artículo 252 Código penal no haga referencia alguna a si ha de concurrir un ánimo de lucro del administrador, pues se centra exclusivamente en el perjuicio patrimonial⁵⁰.

2. LA GESTIÓN DE LAS CANTIDADES ADELANTADAS A CUENTA: INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN RESTITUTORIA

En los contratos dedicados a la gestión de intereses ajenos, el Tribunal Supremo (Sala Penal), en Sentencia de 15 de febrero de 2018, destaca que el delito de apropiación indebida «es un delito de apoderamiento que aparece caracterizado por un elemento específico, la infracción de un deber de fidelidad deducible de una relación especial» derivada de los contratos consignados en el precepto del Código penal dedicado a la apropiación indebida, «y la actuación, en perjuicio del patrimonio ajeno, producido por la infidelidad»; por lo que, con la tipificación del delito de apropiación indebida, se protegen las relaciones internas establecidas entre el representado y el representante, que es quien asume la gestión del patrimonio ajeno, y se sanciona la disposición de los bienes ajenos sin razón alguna, sin que sea necesario el enriquecimiento del autor, para imputarle dicho delito. No obstante, a veces surge la disyuntiva de imputar un delito de apropiación indebida o de administración desleal a quien se encarga de administrar bienes ajenos. Es una situación que se refleja en la gestión de las cantidades adelantadas para la ejecución de un servicio, respecto a lo cual la STS (Penal), de 2 de diciembre de 2014, ya determinó de modo claro que solo existía apropiación indebida cuando el sujeto activo destinaba el fondo entregado para unos objetivos distintos de los encomendados o cuando el servicio no se llegaba a ejecutar, y además tampoco se devolvían las cantidades entregadas a cuenta del mismo⁵¹.

En el supuesto analizado por la STS (Sala 2.^a), de 19 de junio de 2020, se acusa al administrador de una comunidad de propietarios, integrada por unas empresas que tienen contratado el suministro de agua con un Ayuntamiento mediante un único contrato de suministro suscrito entre este y la Comunidad, de un delito continuado de apropiación indebida, ya que el dinero que recibía para liquidar dicho gasto, tras emitir y cobrar a cada empresa los recibos individuales que les correspondía, lo empleaba para atender la administración de los intereses de otros clientes. Con las cantidades anticipadas no solo no pagó las deudas pendientes con el Consistorio, sino que además dispuso del dinero para atender a otros fines. Utilizaba una «caja única» para atender la administración de todos los clientes, cuyos asuntos gestionaba, por lo que se discute si esta mala praxis del administrador se constituye en un ilícito civil, o si, por el contrario, este es de naturaleza penal; y si es así, si le puede imputar un delito de apropiación indebida o si este es de administración desleal. Al respecto el Alto Tribunal entiende que, «aun cuando se hubiere acreditado que el dinero defraudado realmente se empleó en el pago de las deudas de otras comunidades de propietarios», esto no impide afirmar que «el acusado dispuso del dinero

para fines distintos del autorizado». En consecuencia, concurre un delito de apropiación indebida porque el autor que recibe el dinero «en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que produzca la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad» no puede disponer de él. El acto de disposición es ilegítimo «en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado». Causa un claro perjuicio en el sujeto pasivo ya que no puede recuperar el dinero entregado. El sujeto activo se extralimita en las facultades que le han sido atribuidas, y de acuerdo a lo que manifiesta el Tribunal Supremo en la sentencia anteriormente citada, se consuma el delito cuando «por su propia actuación, no puede cumplir el destino que asumió con ocasión de la recepción posesoria, siendo irrelevante que el ordenamiento jurídico reconozca acciones que abran al propietario la alternativa de reclamar el reintegro de la cosa a un tercero, o la reparación del perjuicio soportado con su pérdida, como sería el caso de la acción de retorno por enriquecimiento injusto o la propia acción reivindicatoria (348.2 CC), así como resulta irrelevante que el propio acusado tenga la acción de reparación prevista en el artículo 1158.2 del Código civil, para reclamar al deudor las obligaciones que satisfizo, si verdaderamente está en condiciones de acreditar que aplicó el dinero a pagar las deudas de otros»⁵². Por consiguiente, de todo ello se deduce que, aunque el acusado haya dispuesto del dinero, no para fines propios, sino con el ánimo de pagar otras deudas, no le libera de la imputación del delito de apropiación indebida, pues él no puede decidir bajo su libre arbitrio qué obligaciones liquidar con el dinero provisionado por otros.

En el ámbito de las cantidades anticipadas a cuenta al promotor por el adquirente de una vivienda a construir o en construcción, se ha planteado también cómo delimitar el delito de apropiación indebida del delito de administración desleal. Y es que la disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación⁵³ exige a quienes «*promuevan la construcción de toda clase de viviendas, (...) y que pretendan obtener de los adquirentes entregas de dinero para su construcción*» dos condiciones irrenunciables: garantizar la devolución de las cantidades entregadas a cuenta mediante un seguro de caución o un aval bancario; y depositar tales sumas en una cuenta especial de una entidad de crédito⁵⁴. Se trata de proteger los intereses económicos los adquirentes de una vivienda sobre plano que adelantan ciertas cantidades que el promotor debe gestionar dedicándolas a la edificación pactada⁵⁵.

La primera pregunta que nos debemos hacer en relación con las cantidades anticipadas por el adquirente de la vivienda es la relativa a su naturaleza. Esto es, ¿hablamos de un dinero que actúa como adelanto del precio de la vivienda o esta suma se justifica en la ejecución de un contrato de obra?

Mientras en el primer supuesto el promotor actuaría como vendedor del inmueble en los términos acordados con su adquirente, en el segundo la suma entregada por quien pretende adquirir el inmueble actuaría como una fuente de financiación para el promotor dedicado a la construcción de viviendas. Desde esta perspectiva, el Tribunal Supremo (Sala 2.^a), en Sentencia de 18 de diciembre de 2019, concluye lo siguiente: si el dinero entregado actúa como anticipo del precio de la vivienda en el contexto de un contrato de compraventa, ello «supone un título inidóneo para dar vida al delito de apropiación indebida, de lo que se deduce que «no cualquier relación que lleve aneja una obligación de reintegrar o devolver es idónea para cubrir las exigencias del delito de apropiación indebida». Todo dependerá del acuerdo que vincule a las partes. Por ello, aunque el legislador se refiere en la LOE a las medidas de aseguramiento a aplicar respecto de la *«Percepción de cantidades a cuenta del precio durante la construcción»*, no parece adecuado interpretar la noción de precio como si de la contraprestación de un contrato de compraventa se tratara. Tampoco estamos ante un contrato de obra porque, salvo que estuviéramos ante una cooperativa, el adquirente de la vivienda que anticipa cantidades a cuenta no promociona la obra. Más bien cabe entender que el anticipo de dinero se inserta en el marco de un contrato mixto o complejo en el que se combinan las obligaciones de construir y entrega de la vivienda. El Alto Tribunal (Sala 1.^a) abunda en esta idea, en la Sentencia de 19 de julio de 2012, al entender que es una de las modalidades de «los contratos de compraventa de cosa futura (...) que requiere que la cosa futura no sea imposible en cuanto a su existencia»⁵⁶. En Sentencia de 2 de diciembre de 2011, el Tribunal Supremo afirma que estamos ante «un contrato complejo, llamado también mixto, en que su especificidad se halla en la síntesis, que no suma, de diversos elementos, fundidos en la unidad de causa, lo que le da identidad diferenciada»⁵⁷. En definitiva, los fondos adelantados por los adquirentes de las viviendas al promotor tienen como destino final la gestión de los gastos derivados de la edificación, que una vez terminada, se imputarán al precio final de la compra del inmueble.

Es obligación esencial del promotor depositar las cantidades adelantadas por los adquirentes de las viviendas en una cuenta especial de una entidad de crédito, «*con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor, incluido el supuesto de comunidades de propietarios o sociedad cooperativa, y de las que únicamente podrá disponer para las atenciones derivadas de la construcción de las viviendas*», tal y como exige el apartado b) del párrafo 1, en el número uno de la disposición adicional primera de la LOE»⁵⁸. Siendo esto así, su incumplimiento justificaría la resolución del contrato de adquisición de la vivienda por parte del adquirente⁵⁹. Su fin: si la construcción de la vivienda no se iniciara o esta no fuera entregada

en el término acordado, quien ha adelantado aquellas cantidades a cuenta podría resolver el contrato y solicitar su devolución⁶⁰. Y es que las sumas anticipadas por el adquirente de la vivienda e ingresadas por el promotor en una cuenta especial, deben dedicarse al proceso de edificación⁶¹; y así debería establecerlo quien adelanta tales cantidades a fin de preconstituir una prueba que justifique la finalidad del dinero entregado. Si el pago recibido por el promotor no obedece a causa alguna, este no quedará vinculado por un destino determinado, ni tampoco se podrá exigir responsabilidad alguna a las entidades de crédito en las que estuvieran depositadas las sumas anticipadas. Por ello, si no se consigue probar que el pago realizado tiene como finalidad la edificación, el promotor podría dedicar el dinero depositado a otros fines. Sin embargo, si se prueba que se ha acordado que las sumas anticipadas tengan como destino la construcción, el promotor no podrá disponer libremente de ellas. Para cambiar el objetivo del dinero adelantado necesitaría el consentimiento del propio adquirente de la vivienda⁶². Razón: sobre las cantidades anticipadas existe una carga que delimita su destino. Por ello resulta relevante delimitar qué cantidades ingresadas por el adquirente de la vivienda se deben dedicar de modo exclusivo a la edificación, y qué otras se destinan a otros fines diversos como, por ejemplo, a liquidar su préstamo hipotecario con la propia entidad⁶³.

En el caso de que el promotor tuviera varias cuentas abiertas en una misma entidad de créditos, habría que determinar cuál de ellas queda vinculada al proceso de edificación. Sin embargo, aunque la LOE se refiere a que las cantidades anticipadas deben ser depositadas en una cuenta especial, esto no es óbice para que la entidad bancaria que sabe —o tiene medios para conocer— responda ante los adquirentes que han estado anticipando dinero para dedicarlo a la construcción de sus viviendas, por admitir tales ingresos y no exigir la apertura de «una cuenta especial, separada y debidamente garantizada» al promotor, tal y como sostiene el Tribunal Supremo (Sala 1.^a), en Sentencias de 9 de julio de 2019 y 29 de enero de 2020⁶⁴. Asumirán la devolución del total de las cantidades adelantadas e ingresadas en una cuenta que tenga el promotor en la entidad de crédito más el abono de los correspondientes intereses remuneratorios⁶⁵. Asimismo, la responsabilidad que se atribuye a la entidad de crédito implica velar por que el promotor no transfiera cantidades de la cuenta dedicada a la construcción a otra cuenta distinta que este pudiera tener en la misma entidad para dedicarlas a otros fines diversos de la edificación⁶⁶. Ahora bien, ¿cabría imputar un delito de apropiación indebida al promotor que recibe cantidades anticipadas por los adquirentes de las viviendas y no las ingresa en una cuenta especial o solo en el caso de que las dedique a otros fines diversos de la edificación?

La STS (Sala 2.^a) de 12 de marzo de 2019 manifiesta que «la respuesta que ha de darse al incumplimiento de las cláusulas garantizadoras ha fo-

calizado de nuevo el debate en la cuestión de la calificación jurídico-penal aplicable a esa clase de conductas». En consecuencia, el incumplimiento de la obligación legal de depositar las cantidades recibidas por los adquirentes de la vivienda en una cuenta especial para dedicarlas a sufragar gastos vinculados a la edificación, y/o de asegurar su restitución de acuerdo con las medidas previstas por la LOE, ¿podría ser calificado como un indicio de un delito de apropiación indebida? En principio, no parece adecuado calificar la conducta del promotor por sí sola como tal. No hay que olvidar que el incumplimiento de las obligaciones previstas por el legislador para garantizar la devolución de las cantidades anticipadas por parte del promotor no puede ser definida como una conducta delictual, si los fondos recibidos se dedican al proceso de edificación, tal y como ya manifestó el Alto Tribunal (Sala 2.^a) en una Sentencia de 4 de julio de 2017. No concurre el ilícito penal de la apropiación indebida porque el promotor ha invertido el dinero adelantado en la construcción de la vivienda de quienes lo han anticipado, aunque aquel no haya formalizado las medidas de aseguramiento que le exige la LOE o/y realizado su ingreso en una cuenta especial de una entidad de crédito. No obstante, sí se podrá reclamar una posible indemnización de daños por incumplimiento de sus obligaciones legales, además del régimen previsto por el legislador en materia de infracciones y sanciones administrativas⁶⁷. Solo se plantea esta posibilidad cuando el promotor destina el dinero recibido a otras finalidades, y es ante esta situación cuando cabe preguntarse si no estaríamos ante una prueba diabólica al exigir a quienes resuelven el contrato de adquisición de una vivienda y pretenden la restitución de las cantidades anticipadas; una prueba de que el promotor no puede devolverlas porque aquellas han sido dedicadas a fines distintos de aquellos para los que se habían entregado: la edificación. Por este motivo, en tales casos, se ha sostenido como indicio de un delito de apropiación indebida el hecho de que el promotor no hubiera separado en una cuenta especial el dinero adelantado por los adquirentes de las viviendas en construcción, y hubiera confundido todas las cantidades con el resto de su patrimonio⁶⁸. Si el promotor indujera además a error mediante dolo a los adquirentes de las viviendas a fin de percibir unas cantidades que no tiene intención de dedicar a la construcción, cabría hablar de un indicio de un delito de estafa ya que, conforme a lo previsto por el artículo el artículo 248 del Código penal, «Cometen estafa los que, con ánimo de lucro, utilizaren engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno»⁶⁹.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 253 Código penal, cabría imputar un delito de apropiación indebida al promotor que recibe unos fondos que no puede restituir a quienes se los han entregado porque le han sido «*confiados*» en virtud de un título que produce la «*obligación de entregarlos*

o devolverlos», si concurre el supuesto previsto por la disposición adicional primera de la LOE. El Alto Tribunal (Sala 2.^a), en Sentencia de 4 de julio de 2019, considera que no resulta relevante determinar a qué fin ha dedicado el promotor las cantidades que le han anticipado, ya que cualquier objeto diferente de la edificación «implica una distracción de las mismas»⁷⁰. El Tribunal Supremo entiende que las sumas adelantadas a los promotores y depositadas en una cuenta especial de una entidad de crédito deben ser consideradas como objeto constitutivo de «un patrimonio separado afecto a un fin concreto» que, en este caso, es la construcción, motivo por el cual «cuando se acredite que el perceptor de tales cantidades anticipadas, aparte de incumplir tales obligaciones, ha hecho suyas tales cantidades dándoles el destino que hubiese querido consumándose el delito cuando ante la concreta petición de devolución de las cantidades entregadas por la persona concernida, tal reintegro no se produce, con lo que se llega al «punto sin retorno» de definitivo incumplimiento de la obligación de, o bien invertir el dinero en la obra comprometida, o de devolverse el dinero al que lo entregó»⁷¹. Por lo que, para imputar un delito de apropiación indebida al promotor, debe concurrir además un perjuicio patrimonial para quienes las han adelantado a cuenta del precio de la vivienda; perjuicio que se producirá cuando estos no puedan recuperar el dinero entregado al promotor.

La STS (Sala 2.^a), de 27 de noviembre de 2019, se pronuncia en idéntico sentido al imputar un delito continuado de apropiación indebida a una promotora que recibió diversas cantidades de los adquirentes de las viviendas que promocionaban, sin prestar aval o seguro de caución alguno como garantía de devolución, y que aquella no les restituyó cuando así se le reclamó. Añade el Alto Tribunal en esta sentencia que este incumplimiento definitivo del promotor es lo que fundamenta el delito de apropiación indebida, pues ni entrega las viviendas acordadas, ni restituye el dinero anticipado, lo que «produce una clara disminución del patrimonio del perjudicado por la disposición ilícita que hace el promotor de los fondos adelantados»⁷². Idéntica situación se plantea en la STS (Sala 2.^a) de 4 de julio de 2019 cuando analiza al supuesto en el que el promotor no abre una cuenta especial en una entidad de crédito y confunde el dinero que le adelantan para la construcción de unas viviendas con otros patrimonios de otras promociones, por lo que «ante la petición de devolución de lo recibido a cuenta, o acredita el destino de ese dinero a la ejecución de la obra comprometida —aunque no acabada— «o se le puede imputar un delito de apropiación indebida»⁷³. A todo ello habría que añadir la concurrencia de un elemento subjetivo —interno—, que, como afirma la STS (Sala 2.^a), de 20 de mayo de 2020, «está constituido por el ánimo de lucro que se evidencia en la conciencia y voluntad del agente de disponer en su propio beneficio o de terceros de tales efectos»; al fin y al cabo se imputa un delito de apro-

piación indebida «cuando el sujeto activo hace propio o dispone de un bien que tiene obligación de devolver».

Que no concurra un ilícito penal de apropiación indebida, ¿es óbice para valorar la posible imputación de un delito de administración desleal en los términos previstos por el artículo 252 Código penal si entendemos que lo que se ha producido es una violación de un deber de fidelidad en cuanto a la administración encomendada de bienes ajenos? Para ello se debe analizar la gestión realizada que viola los deberes derivados del título en que esta se fundamenta. En tal caso habría que considerar al promotor como administrador de las sumas percibidas y depositadas en la cuenta especial de una entidad de crédito que deben dedicarse a la construcción⁷⁴. Ahora bien, al establecer qué destino deben tener los efectos dinerarios entregados, el delito que se podría imputar al promotor por violación de este deber es el de la apropiación indebida porque no solo no los dedica a los fines pactados, sino que además no puede restituirlos. Difícilmente se puede argumentar que exista un delito de administración desleal para el que se necesita que el administrador goce de una cierta autonomía dentro del marco de las facultades que le han sido otorgadas.

V. LOS CONTRATOS DISPOSITIVOS

Conforme a lo dispuesto por el artículo 253 Código penal, no puede ser título adecuado para imputar un delito de apropiación indebida aquel en el que se justifica la transmisión de la propiedad de un bien, ya que el fundamento del tipo penal se encuentra en la violación de la obligación restitutoria del bien a su titular. Por ello, deberían quedar excluidos los contratos de compraventa, permuta y donación. Sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2.^a), de 11 de junio de 2020, incluye la compraventa con pacto de reserva de dominio. Considera que el pacto excluye la transmisión de la propiedad del bien pese a haber sido este entregado al comprador. Por tanto, desde esta perspectiva, quien compra un bien bajo un pacto de reserva de dominio podría ser acusado de este delito si se le considera un poseedor *pendente condicione* de adquirir la propiedad del bien hasta que finalice el pago total del precio aplazado. Hasta este momento no accedería a la titularidad real de la que el comprador sería acreedor. Para LACRUZ BERDEJO la condición no afectaría al contrato o a su perfección, pero sí a la adquisición de la propiedad, ya que, aunque aquel desprende sus efectos (entrega y saneamiento del bien o pago del precio), la transmisión del dominio quedaría subordinada siempre al pago íntegro del precio, siendo en este momento, y no en otro, cuando se produciría aquella, sin exigir la concurrencia de un nuevo consentimiento⁷⁵. No obstante, si bien

es cierto que la doctrina clásica concibió la cláusula de reserva de dominio como una garantía que impedía la transmisión de la propiedad del bien al quedar sometida a la condición suspensiva del pago total del precio por parte del comprador⁷⁶, actualmente se le ha atribuido también otra naturaleza: el contrato se perfecciona y se ejecuta con la consiguiente transmisión de un dominio sujeto a una carga que priva de la libertad de disposición al comprador hasta que termine de pagar el precio que ha sido aplazado⁷⁷. Siendo esto así, considero que quien adquiere un bien con dicha reserva se podría convertir en su propietario, aunque sin la facultad dispositiva que le corresponde. En este sentido la reserva de dominio actuaría como una carga al restringir el ejercicio del *ius disponendi* que se atribuye a todo titular de un derecho de naturaleza patrimonial. No estaríamos, pues, ante un mero poseedor, por lo que el adquirente podría emplear todos los instrumentos que tuviera a su alcance para defender su derecho de propiedad; aunque su derecho se pudiera resolver en el caso de no cumplir con la prestación que le corresponde. En consecuencia, el dominio adquirido estaría sujeto a una afección que serviría para garantizar el completo pago del precio aplazado. La carga vincularía el dominio a este fin.

En cualquier caso, a los efectos de determinar cómo repercuten las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de enajenar en el ámbito penal, el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 ha considerado que estas «carecen de efecto en el ámbito de los derechos reales y que, por lo tanto, no afectan la propiedad adquirida por el comprador mediante la tradición basada en un contrato de compraventa de cosas muebles». En consecuencia, se las considera como cláusulas con efectos obligacionales, «que no convierten por sí mismas una infracción del derecho civil en una conducta de relevancia penal». Sus efectos son los de garantizar el cumplimiento completo del pago del precio aplazado⁷⁸.

A la misma conclusión se debe llegar en el caso de que estemos ante una donación con cláusula de reversión⁷⁹.

VI. LOS CUASI CONTRATOS

Conforme a lo dispuesto por el artículo 254 Código penal, al margen de los supuestos previstos por el artículo 253 Código penal, se puede imputar un delito de apropiación indebida a quien «*se apropiare de una cosa mueble ajena*»; incrementando su pena si la cosa tuviera un valor artístico, histórico, cultural o científico⁸⁰. ¿A qué supuestos se refiere el legislador?

La STS (Sala 2.^a), de 10 de mayo de 2018, incluye conductas como «la apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido, o la recepción indebida

por error del transmitente de dinero o alguna otra cosa mueble, o niegue haberla recibido, o comprobado el error, no proceda a su devolución». Se trata de un tipo penal residual respecto a la tipificación del delito de apropiación indebida prevista en el artículo 253 Código penal, por lo que si el título jurídico que justifica la posesión no se incluye entre los enumerados por este precepto o no cumple las condiciones que se infieren de los que se nombran, se podrá recurrir a lo previsto por el artículo 254 Código penal a fin de incluir toda apropiación de un bien mueble realizada por aquel a quien no le pertenece. Viene a decir el Alto Tribunal que se debe cumplir la condición «de tomar cosa mueble ajena con *animus rem sibi habendi*», que se refiere al «propósito de tener la cosa mueble para sí o, lo que es lo mismo, finalidad de desapoderar de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio»⁸¹.

Por consiguiente, ¿de los cuasi contratos se podría derivar una conducta delictual? Los cuasi contratos son descritos por el artículo 1887 del Código civil como «*los hechos lícitos y puramente voluntarios, de los que resulta obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación recíproca entre los interesados*». Dentro de este concepto se incluye tanto la gestión de negocios ajenos como el cobro de lo indebido. Mientras que la situación cuasicontractual que se deriva de la gestión de un negocio ajeno se produce cuando un sujeto de modo espontáneo, sin apoderamiento alguno, actúa en interés y por cuenta de otro (art. 1888 CC), en el cobro de lo indebido lo que se produce es un pago por error que genera la obligación de restituir lo que ha sido entregado a quien no tenía derecho alguno que justificara su cobro (art. 1895 CC)⁸².

Quien pagó indebidamente por error lo hizo con un *animus solvendi*⁸³. Si no es así, tal y como precisa la STS (Sala 1.^a), de 28 de octubre de 2020, y aquel no se realiza con la intención de extinguir una deuda, no cabe hablar de cobro de lo indebido; del mismo modo que el error en quien realiza el pago es una *conditio sine qua non* para ejercitar el derecho de repetición. Al fin y al cabo, se trata de recuperar lo entregado a un sujeto sin que concurra causa alguna que justifique la atribución patrimonial⁸⁴; aunque la obligación de restitución de quien recibe el pago tenga la excepción de la buena fe del *accipiens*, prevista en el artículo 1899 del Código civil⁸⁵. En cualquier caso, el error en el pago debe existir para legitimar a quien ha pagado en el ejercicio de la acción de repetición; un error que este deberá probar conforme a lo establecido por el artículo 1900 del Código civil La carga de la prueba recae sobre quien pretende haber realizado un pago indebido⁸⁶. La buena o la mala fe del que lo recibe será determinante para delimitar el contenido de la acción de repetición ya que, siendo este de mala fe, deberá restituir lo recibido más los rendimientos correspondientes. Responderá también de los menoscabos sufridos por el bien (art. 1896 CC),

lo que no sucederá en el caso de que actúe de buena fe, pues en tal caso a la restitución propiamente dicha solo habrá que añadir su responsabilidad por «las desmejoras o pérdidas» sufridas, siempre y cuando esto le hubiese generado un enriquecimiento (art. 1897 CC).

Ahora bien, ¿qué naturaleza jurídica tiene la acción de restitución de lo indebidamente cobrado? Si entendemos que el pago ha generado la transmisión de la propiedad del bien entregado, el ejercicio de la acción personal de recuperación implicaría una resolución del acto que la justifica, lo que sostendría la devolución del bien por parte del *accipiens*. Sin embargo, pese a la naturaleza personal de la *condictio indebiti* —que no real—, con esta postura se estaría orillando cómo se adquiere el dominio de acuerdo con lo previsto por nuestro del Código civil⁸⁷. Se necesita justa causa y esta no existe cuando se produce un cobro de lo indebido⁸⁸. Este acto jurídico no conlleva la transmisión de la propiedad del bien que se entrega. El *accipiens* solo adquiere su posesión, por lo que quien ha pagado por error con un *animus solvendi* continúa siendo propietario del bien entregado. Se trata de una posesión ilegítima y por esta razón se le niega la facultad de libre disposición —propia del dominio— sobre lo que ha recibido por error. Incluso, si el bien recibido hubiera sido enajenado, deberá restituir su precio o ceder la acción para hacerlo efectivo, en el caso de que haber actuado de buena fe (art. 1897 CC). En consecuencia, lo que se le reclama es la restitución del bien mueble que voluntariamente le ha sido entregado por error porque no le pertenece. Es este acto jurídico el que genera la obligación legal de devolver que nace de lo previsto por el artículo 1895 del Código civil pero ¿qué elementos deben concurrir para distinguir los efectos del cuasi contrato del cobro de lo indebido de un delito de apropiación indebida?

Que no se transmita la propiedad del bien justifica que pueda imputarse un delito de apropiación indebida a quien, por error, recibe dinero o cualquier otro bien mueble, si no lo devuelve y lo incorpora a su patrimonio de manera definitiva⁸⁹. No existe un título que justifique la posesión por lo que debe restituirse el bien recibido, y cuando esto no sucede, y existe un ánimo apropiatorio del bien, cabe imputar un delito de esta naturaleza⁹⁰. En este sentido, si queda acreditada la entrega del bien mueble, y el *accipiens* niega su recepción, conforme a lo previsto por el artículo 1900 del Código civil, se desplaza la carga de la prueba del error; una carga que en otro caso recaería sobre quien realizó el pago. Es una situación que se podría presentar como un indicio del delito de apropiación indebida. Ahora bien, para que se pueda calificar la conducta del *accipiens* como delictual han de concurrir otros elementos subjetivos. No basta con que el receptor del bien actúe de mala fe —esto es, conociendo el carácter indebido de la entrega realizada—, sino que además es necesaria la concurrencia de un ánimo apropiatorio. Ha de existir una voluntad —dolo— de violar la obligación

de restituir el bien a quien lo reclama como titular que es del mismo. Tal y como apunta la SAP de Madrid (sección 3.^a), de 14 de enero de 2019, la consumación del delito se produce en realidad cuando el sujeto se niega a devolver lo que se le reclama por haber sido pagado de modo erróneo o, «advertido el error existente, no procede a su devolución»⁹¹.

En el supuesto cuasicontractual de la gestión de negocios ajenos, el gestor actúa sin mandato y tiene la intención de administrar bienes ajenos haciendo recaer sus efectos provechosos en el patrimonio del *dominus*⁹². Pero, aunque el gestor carece de poder alguno, esto no implica que este actúe como representante. A veces la gestión se refiere a un asunto que, aun realizándose por cuenta ajena, no requiere una representación. En cualquier caso, el que gestiona intereses ajenos debe rendir cuentas de sus actos frente a aquel por cuya cuenta ha actuado.

Si bien es cierto que los actos que puede realizar el gestor que se encarga de los negocios ajenos sin poder son de carácter administrativo, tal y como prevé el artículo 1888 del Código civil, su ámbito de actuación podría extenderse a los actos dispositivos, aunque su eficacia quedaría condicionada por la correspondiente ratificación en los términos previstos por los artículos 1892 y 1893 del Código civil. Aunque a partir de este momento cabría plantearse si esta relación jurídica que ha nacido de un cuasi contrato no se convierte en un vínculo contractual tras ella. Por supuesto, desde esta perspectiva se podría imputar al gestor que actúa sin poder un delito de apropiación indebida si en su conducta concurrieran los elementos propios del tipo penal ya analizados, pero ¿cabría imputarle un delito de administración desleal?

A la luz de lo dispuesto por el artículo 252 Código penal, el sujeto activo del delito es aquel que «*teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno ... las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado*». Son facultades que pueden venir dadas por la ley, y en este sentido es la ley la fuente del nacimiento de las obligaciones del gestor que voluntariamente gestiona un negocio, que sabe que es ajeno, sin estar apoderado para ello. Por consiguiente, un aspecto relevante es la consciencia de que está ejecutando un acto administrativo cuyos efectos van a repercutir sobre un patrimonio ajeno. Si, por el contrario, el gestor creyera que está actuando por cuenta propia, no cabría aplicar ni las exigencias ni las consecuencias derivadas de la gestión de negocios ajenos sin poder porque el núcleo fundamental de este cuasi contrato lo encontramos en que el interés gestionado pertenece a la esfera patrimonial de otro.

Para que la gestión realizada por cuenta ajena vincule al *dominus*, este lo debe ratificar (art. 1892 CC) o aprovecharse de ella (art. 1893 CC). No basta la mera ejecución del acto. De esto se deduce que la intención del gestor al actuar de este modo debe ser la de beneficiar o evitar perjuicios

al dueño a través de su acto administrativo. Que la gestión realizada le sea útil. Tal y como considera la STS (Sala 1.ª), de 9 de marzo de 2006, esta gestión obedece a un propósito desinteresado, ya que se trata de una actuación espontánea en beneficio de otro sin mandato expreso o tácito⁹³. Aunque esto no puede traducirse en la presencia de un *animus donandi*, pues el propio artículo 1893 del Código civil prevé la obligación del dueño de indemnizar «al gestor los gastos necesarios y útiles que hubiese hecho y los perjuicios que hubiese sufrido en el desempeño de su cargo». Siendo esto así ¿cómo calificar de desleal la gestión realizada de este modo?

Conforme a lo previsto por el artículo 1888 del Código civil, una vez iniciada la administración «de los negocios de otro, sin mandato de este, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que lo sustituya en la gestión, si se hallase en estado de poder hacerlo por sí». De ello se infiere que, aunque es voluntaria la gestión que se realiza, una vez comenzada, debe ejecutarla. Y lo debe hacer de acuerdo con el nivel de diligencia exigible por el artículo 1889 del Código civil, sobre la que se aplica la facultad moderadora de los Tribunales según las circunstancias del caso. El propio artículo 1891 del Código civil incrementa la responsabilidad del gestor si este acomete operaciones de riesgo para el dueño que este no suele hacer, o cuando predomina el interés del gestor sobre el del dueño. En tales casos el gestor responde también por caso fortuito. Siendo esto así, ¿cabría analizar la conducta del gestor a la luz de lo previsto por el artículo 252 Código penal, siempre que causaran un perjuicio al patrimonio administrado? ¿Podría sostenerse esta postura si la inmisión del gestor persigue su propio interés o un perjuicio para el *dominus negotii*, siempre y cuando este daño se llegue a producir? Mantener esta idea implica desnaturalizar este cuasi contrato cuyos efectos dependen finalmente de la voluntad expresa o tácita del dueño del negocio, por lo que parece más oportuno descartar esta idea e inclinarse por considerar que la extralimitación del gestor culpable e ilícita conlleva una responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC)⁹⁴.

VII. MEDIDAS CAUTELARES Y ANOTACIONES PREVENTIVAS

Para finalizar con el estudio sobre la repercusión penal de ciertas conductas vinculadas *ab initio* a la ejecución de un contrato o, incluso, cuasi-contrato, haré una breve referencia a la protección del interés de la víctima ante una posible sentencia condenatoria a través de la figura de las anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad. Se trata de garantizar la efectividad de una serie de medidas cautelares dirigidas a restringir la libre disposición de los bienes inmuebles del condenado. Entre ellas destaca la

anotación preventiva de embargo y la prohibición de disponer derivada de una causa penal. Es una forma de enervar los efectos derivados de la aplicación del artículo 34 LH⁹⁵; esto es, de la fe pública registral. Al respecto, la resolución de la anteriormente llamada Dirección General de los Registros y del Notariado⁹⁶, de 15 de febrero de 2001, señala que, aunque la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla expresamente el recurso de las anotaciones preventivas, esto no es óbice para que estas puedan ser adoptadas, siempre que sean compatibles con el fin y el principio de publicidad registral⁹⁷.

El párrafo segundo del artículo 42 LH admite la solicitud de una anotación preventiva de embargo a favor de quien tuviera un mandamiento de embargo *«que se haya hecho efectivo en bienes inmuebles del deudor»*. Se dirige contra el acusado por un delito del que se derivan obligaciones civiles, y, por ello el último párrafo del artículo 20 de la Ley Hipotecaria dispone que *«No podrá tomarse anotación de demanda, embargo o prohibición de disponer, ni cualquier otra prevista en la ley, si el titular registral es persona distinta de aquella contra la cual se ha dirigido el procedimiento. En los procedimientos criminales y en los de decomiso podrá tomarse anotación de embargo preventivo o de prohibición de disponer de los bienes, como medida cautelar, cuando a juicio del juez o tribunal existan indicios racionales de que el verdadero titular de los mismos es el encausado, haciéndolo constar así en el mandamiento»*⁹⁸.

Por otra parte, el mandamiento judicial puede recurrir también a la prohibición de disponer en los términos previstos por el párrafo segundo del artículo 26 y el número 4.º del artículo 42 LH, que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 145 del Reglamento Hipotecario, impedirá *«la inscripción o anotación de los actos dispositivos que respecto de la finca o del derecho sobre los que haya recaído la anotación, hubiere realizado posteriormente a esta su titular, pero no serán obstáculo para que se practiquen inscripciones o anotaciones basadas en asientos vigentes anteriores al de dominio o derecho objeto de la anotación»*. Se trata de una medida cautelar que suspende temporalmente el ejercicio del *ius disponendi* para el titular de los bienes que son objeto de aquella y que, como toda restricción que recae sobre el dominio de un bien inmueble, debe ser interpretada de modo estricto. En consecuencia, hay que determinar qué acto dispositivo se ve afectado ya que la prohibición de disponer es un género dentro del cual no solo están las prohibiciones de enajenar, sino también otros actos dispositivos como son los dirigidos a constituir cargas o gravámenes (por ej., una hipoteca). Así mismo, es una prohibición que no conlleva la eliminación total del poder de disposición del bien ya que esta facultad dispositiva sigue integrando el contenido del derecho de propiedad, aunque su titular no pueda ejercitarla durante un tiempo⁹⁹. Existe una razón justa para ello que es la causa en

la que se fundamenta la anotación preventiva: evitar «burlar» el resultado de una sentencia condenatoria y las responsabilidades civiles que pudieran derivarse del delito por el que ha sido condenada una persona. Por ello, tal y como ha manifestado la DGRN en la Resolución de 28 de enero de 2016, en relación con las prohibiciones de disponer decretadas en procesos penales ha de aplicarse «a rajatabla el principio de prioridad del artículo 17 L.H., lo que provoca el cierre registral no solo frente a los actos posteriores a la anotación, sino también de los anteriores», debido a que considera que existe «un cierto componente de orden público que no puede ser pasado por alto, de modo que la seguridad económica de los deudores no debe prevalecer sobre superiores intereses de los ciudadanos (como pueden ser los penales o los urbanísticos)».

VIII. CONCLUSIONES

I. Que tras la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 marzo, se modifica la sección 2.^a del capítulo VI del Título XIII del libro II, que pasa a denominarse «De la administración desleal»; y se crea una sección 2.^a bis en el mismo capítulo para integrar los delitos de apropiación indebida bajo la rúbrica «De la apropiación indebida», por lo que el delito de administración desleal deja de ser considerado exclusivamente como un delito societario y pasa a ser considerado como un delito de naturaleza patrimonial. Como consecuencia de ello no se limita a sancionar las conductas de los administradores de sociedades ya que, al ser considerado delito patrimonial, quedan incluidas todas aquellas conductas dirigidas a administrar un patrimonio ajeno, ejecutadas no solo en virtud de un negocio jurídico de apoderamiento sino también de acuerdo con lo establecido por la ley (por ej. la tutela), o con lo impuesto por la autoridad competente (por ej., el ejercicio de una administración concursal). El sujeto activo que se exceda en el ejercicio de sus facultades y cause un perjuicio sobre el patrimonio administrado podrá ser condenado por un delito de administración desleal.

II. Que de los artículos 253 y 254 Código penal se infiere que el delito de apropiación indebida se caracteriza por apropiarse de dinero, efectos, valores o cualquier otro bien mueble ajeno que el sujeto activo del delito ya poseía conforme a un título justo —como puede ser el depósito, la comisión o cualquier otro— que le exigía restituirlo a su propietario o un tercero en función de lo pactado. Al decaer los efectos del contrato, la posesión deja ser legítima y es entonces cuando el poseedor debe devolver el objeto a quien corresponda. Si esto no sucede, y se produce un «punto sin retorno», habrá que entender que concurre una voluntad de no restituir o

una imposibilidad de devolver aquello de lo que se ha apropiado el sujeto activo del delito. En cambio, la imputación de un delito de administración desleal, aunque basándose en una conducta abusiva por parte del gestor de negocios ajenos que produce daños para su titular, no llega a provocar una pérdida definitiva del bien. Esto es lo que sucede cuando se gestionan cantidades adelantadas a cuenta que hay que dedicar a un fin concreto. Si no se cumple con este destino, y el dinero no se puede devolver, provocará un claro perjuicio a quienes lo reclaman y es entonces cuando estaremos ante un delito de apropiación indebida.

III. Que si el objeto del delito es el dinero hay que valorar si estamos ante un delito de apropiación indebida o ante uno de administración desleal. La diferencia está en el interés jurídico diverso que protege la tipificación de uno u otro delito. El primero protege el dominio del bien del que se pretende apropiar el sujeto activo del delito, en cambio el bien jurídico protegido por el segundo es el patrimonio ajeno que se administra. En consecuencia, el delito de apropiación indebida afecta a la propiedad de los bienes que forman parte del patrimonio del sujeto pasivo, mientras que el objeto del delito de administración desleal es la gestión de unos bienes, derechos y deudas particulares pertenecientes a un mismo titular lo que permite englobarlas dentro de la noción de patrimonio.

IV. Que resulta relevante la naturaleza del título mediante el cual se pretende imputar un delito de apropiación indebida, ya que este determinará el contenido de la posesión del bien por parte del sujeto activo del delito. La conducta tipificada en el artículo 253 Código penal se basa en que dicha posesión se justifica en un título cuyos efectos decaen en función de lo pactado o de lo dispuesto por la ley; y es a partir de este momento, y ante la falta de restitución del objeto a quien corresponda, cuando se plantea la imputación de un delito de apropiación indebida. Como consecuencia de ello quedan excluidos todos aquellos títulos en los que se fundamente la adquisición de la propiedad de un bien, como son los contratos de compraventa, permuta o donación, pero, sin embargo, sí quedan incluidos los contratos de cesión de uso y disfrute, los de gestión de intereses ajenos, los cuasi contratos y cualquier otra categoría de contrato de naturaleza compleja o atípica que no encaje en alguna de las categorías reseñadas, tal y como sucede con el contrato entre un promotor inmobiliario y un adquirente de una vivienda que anticipa fondos a cuenta del precio. Razón: son cantidades que están vinculadas a un destino final que no es otro que el de la gestión de los gastos derivados de la edificación. Incluso la compraventa con pacto de reserva de dominio se debería tener en cuenta, ya se explique su naturaleza como una suspensión de la transmisión de la propiedad al comprador, ya se sostenga la transmisión del dominio con una carga que limita la facultad dispositiva de su titular; en ambos casos, hasta que se abone la totalidad del

precio aplazado. Se refleja la función garantista que se persigue con dicho pacto, bien actuando sobre el momento de adquisición de la propiedad, bien subordinando el dominio a los efectos de una carga que servirá para garantizar el completo pago del precio aplazado.

V. Que del contrato de arrendamiento se infiere la obligación de restitución una vez finalizados sus efectos, por lo que cuando el arrendatario no restituye el bien y concurre un dolo apropiatorio, se le puede imputar un delito de apropiación indebida. La conducta no es delictual cuando el arrendatario ha destinado el objeto a un fin distinto de lo acordado. En tal caso lo que se produce es un incumplimiento de la finalidad pactada en el contrato. No existe voluntad alguna de incorporar el bien a su patrimonio sino de dejar de cumplir con aquello que se ha acordado. Y lo mismo se aplica si estamos ante un contrato de comodato o precario.

VI. Que, respecto de los contratos de gestión de patrimonio ajenos, para determinar la concurrencia de un delito de esta naturaleza, hay que analizar si el administrador ha actuado dentro del marco que le atribuye las facultades para gestionar el patrimonio ajeno, y si lo ha hecho con la diligencia propia de un profesional o la que él emplearía para gestionar sus propios asuntos. A ello habría que añadir la presencia de un dolo directo existente cuando su intención es provocar un perjuicio en el patrimonio administrado o incluso un dolo eventual cuando asume un riesgo excesivamente elevado en sus actuaciones, aun siendo consciente del daño que puede provocar.

VII. Que el artículo 254 Código penal describe un tipo penal residual respecto de la apropiación indebida que permite incluir los cuasi contratos, como la gestión de negocios jurídicos sin mandato y el pago de lo indebido. Mientras que de la conducta culpable e ilícita del gestor sin mandato se deriva una responsabilidad civil extracontractual, de quien cobra algo entregado por error y no lo restituye, sí se puede valorar su conducta como delictual si concurre un ánimo apropiatorio.

IX. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STS (Sala 1.^a), de 16 de julio de 1993.
- STS (Sala 2.^a), de 24 de febrero de 1999.
- STS (Sala 1.^a), de 7 de abril de 2000.
- STS (Sala 1.^a), de 24 de julio de 2000.
- STS (Sala 2.^a), de 6 de junio de 2000.
- STS (Sala 1.^a), de 2 de octubre de 2000.
- STS (Sala 2.^a), de 10 de febrero de 2003.
- STS (Sala 2.^a), de 16 de marzo de 2005.

- STS (Sala 2.^a), de 28 de marzo de 2005.
- STS (Sala 2.^a), de 28 de junio de 2005.
- STS (Sala 2.^a), de 28 de octubre de 2005.
- STS (Sala 2.^a), de 27 de enero de 2006.
- STS (Sala 1.^a), de 9 de marzo de 2006.
- STS (Sala 1.^a), de 14 de junio de 2007.
- STS (Sala 2.^a), de 16 de julio de 2007.
- STS (Sala 2.^a), de 9 de diciembre de 2009.
- STS (Sala 2.^a), de 23 de diciembre de 2009.
- STS (Sala 1.^a), de 3 de julio de 2010.
- STS (Sala 2.^a), de 22 de octubre de 2010.
- STS (Sala 1.^a), de 25 de octubre de 2011.
- STS (Sala 1.^a), de 2 de diciembre de 2011.
- STS (Sala 1.^a), de 19 de julio de 2012.
- STS (Sala 1.^a), de 10 de diciembre de 2012.
- STS (Sala 1.^a), de 5 de febrero de 2013.
- STS (Sala 1.^a), de 11 de abril de 2013.
- STS (Sala 1.^a), de 19 de julio de 2013.
- STS (Sala 1.^a), de 29 de enero de 2014.
- STS (Sala 2.^a), de 6 de marzo de 2014.
- STS (Sala 1.^a), de 7 de mayo de 2014.
- STS (Sala 2.^a), de 24 de junio de 2014.
- STS (Sala 2.^a), de 5 de noviembre de 2014.
- STS (Sala 2.^a), de 2 de diciembre de 2014.
- STS (Sala 1.^a), de 6 de enero de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 13 de enero de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 20 de enero de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 30 de abril de 2015.
- STS (Sala 2.^a), de 30 de junio de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 15 de julio de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 15 de septiembre de 2015.
- STS (Sala 2.^a), de 30 de septiembre de 2015.
- STS (Sala 1.^a), de 21 de diciembre de 2015.
- STS (Sala 2.^a), de 12 de febrero de 2016.
- STS (Sala 2.^a), de 2 de marzo de 2016.
- STS (Sala 2.^a), de 29 de junio de 2016.
- STS (Sala 1.^a), de 12 de julio de 2016.
- STS (Sala 2.^a), de 12 de febrero de 2016.
- STS (Sala 2.^a), de 9 de septiembre de 2016.
- STS (Sala 1.^a), de 30 de noviembre de 2016.
- STS (Sala 1.^a), de 2 de febrero de 2017.
- STS (Sala 2.^a), de 23 de mayo de 2017.

- STS (Sala 2.^a), de 4 de julio de 2017.
- STS (Sala 2.^a), de 16 de noviembre de 2017.
- STS (Sala 1.^a), de 24 de enero de 2018.
- STS (Sala 2.^a), de 15 de febrero de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 28 de febrero de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 20 de marzo de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 21 de marzo de 2018.
- STS (Sala 2.^a), de 22 de marzo de 2018.
- STS (Sala 2.^a), de 10 de mayo de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 19 de septiembre de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 10 de octubre de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 21 de noviembre de 2018.
- STS (Sala 2.^a), de 23 de noviembre de 2018.
- STS (Sala 2.^a), de 12 de diciembre de 2018.
- STS (Sala 1.^a), de 19 de febrero de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 12 de marzo de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 20 de marzo de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 8 de mayo de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 22 de mayo de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 25 de junio de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 28 de junio de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 4 de julio de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 9 de julio de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 24 de julio de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 2 de octubre de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 30 de octubre de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 20 de noviembre de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 27 de noviembre de 2019.
- STS (Sala 2.^a), de 18 de diciembre de 2019.
- STS (Sala 1.^a), de 21 de enero de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 29 de enero de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 3 de febrero de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 19 de febrero de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 10 de marzo de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 20 de mayo de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 11 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 18 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 19 de junio de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 11 de junio de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 2 de octubre de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 7 de octubre de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 28 de octubre de 2020.

- STS (Sala 2.^a), de 29 de octubre de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 13 de noviembre de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 2 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 3 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 2.^a), de 14 de diciembre de 2020.
- STS (Sala 1.^a), de 1 de marzo de 2021.
- SAN (sección 4.^a), de 11 de enero de 2018.
- SAP de Madrid (sección 7.^a) de 14 de diciembre de 2007.
- SAP de Alicante (sección 10.^a), de 22 de enero de 2016.
- SAP de Alicante (sección 3.^a), de 15 de enero de 2018.
- SAP de Madrid (sección 1.^a), de 28 de junio de 2018,
- SAP de Madrid (sección 3.^a), de 14 de enero de 2019.
- SAP de Madrid (sección 16.^a), de 12 de julio de 2019.
- SAP de Badajoz (sección 3.^a), de 22 de octubre de 2019.
- SAP de Almería (sección 1.^a), de 12 de noviembre de 2019.
- SAP de Madrid (Sección 25.^a), de 18 noviembre 2019.
- SAP de Barcelona (sección 5.^a), de 7 de febrero de 2020.
- SAP Madrid (Penal) (sección 1.^a), de 6 marzo 2020.
- SAP de Pontevedra (sección 5.^a), de 29 de septiembre de 2020.

RESOLUCIÓN DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO, DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2000

- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 2001.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 9 de septiembre de 2004.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 19 de diciembre de 2006.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 25 de noviembre de 2014.
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 28 de enero de 2016
- Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, 28 de julio de 2016.
- Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 29 de octubre de 2020.

X. BIBLIOGRAFÍA

- AMADEO GADEA, S. (2018). *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*, Escoda Libros: Madrid.
- AMORÓS GUARDIOLA, M. (1972). El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, *RCDI*, número 488, 9-43.
- BALLARÍN HERNÁNDEZ, R. (1985). *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos: Madrid.
- BASOZABAL ARRUE, X. (2018). Enriquecimiento injusto: una aproximación al derecho inglés de restituciones, *Anuario de Derecho Civil*, enero, pp. 13-78.
- CARRASCO, A. (2011). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi: Navarra.
- CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. (2019). Apropiación indebida, en *Tratado de Derecho Penal Económico*, coord. Camacho Vizcaino, A., Tirant lo Blanch: Valencia.
- EGUSQUIZA BALMASEDA (1991). Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 602, 9-42.
- GÁLVEZ JIMÉNEZ, A. (2019). *El delito de administración desleal*, Dykinson: Madrid.
- GARCÍA SAN MARTÍN, J. (2020). *Doctrina penal actualizada*, Tirant lo Blanch: Valencia.
- JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 753, 632-647.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Derecho de Obligaciones*, II, Bosch: Barcelona.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390.
- MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768, 1939-1985.
- (2010). Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica, *Actualidad Civil*, núm. 6, 626-653.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2015). Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXV, 457-566.
- (2016) *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch: Valencia [obtenido de <http://www.tirantonline.com>].
- MORETÓN SANZ, M.F. (2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo, 1545-1563.
- PASTOR MUÑOZ, N. (2020). Los delitos de administración desleal y apropiación indebida, en *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier: Madrid.

- RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G. (2020). Cuestiones generales del Derecho Penal económico y de la empresa, en *Delitos económicos y empresariales*, coord. Liñán Lafuente, A., Dykinson: Madrid.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2020). Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 778, 1265-1293.
- TORRE OLID, F. (2013). Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (un estudio necesario en tiempos de crisis), *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 2951-2982.
- (2016) Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1801-1846.
- ZUMAQUERO GIL, L. (2020). ¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio, en *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigida por Cañizares Laso, A., Tirant lo Blanch: Valencia.

NOTAS

¹ En relación con la responsabilidad civil derivada propiamente de un delito, la STS (Sala 2.^a), de 13 de noviembre de 2020, establece que las indemnizaciones y responsabilidades civiles derivadas de una sentencia penal firme no prescriben; que aquella se mantiene hasta la completa satisfacción del acreedor «sin que le sea aplicable ni la prescripción ni la caducidad».

² El texto original de los artículos 253 y 254 del Código penal era el siguiente: «Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de cincuenta mil pesetas. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años». Se añadía que «Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de cincuenta mil pesetas». Ambos artículos son modificados posteriormente por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que con un artículo único modifica el Código penal, dejando su redacción así: «Serán castigados con la pena de multa de tres a seis meses los que, con ánimo de lucro, se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado exceda de 400 euros. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años». Se añade que «Será castigado con la pena de multa de tres a seis meses el que, habiendo recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución, siempre que la cuantía de lo recibido exceda de 400 euros».

³ Véase GARCÍA SAN MARTÍN, J., (2020). *Doctrina penal actualizada*, Tirant lo Blanch, Valencia; PASTOR MUÑOZ, N., (2020). Los delitos de administración desleal y apropiación indebida, en *Lecciones de Derecho Penal económico y de la empresa*, Atelier, Madrid; RODRÍGUEZ-RAMOS LADARIA, G., (2020). Cuestiones generales

del Derecho Penal económico y de la empresa, en *Delitos económicos y empresariales*, coord. Liñán Lafuente, A., Dykinson, Madrid; y CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., (2019) Apropiación indebida, en *Tratado de Derecho Penal Económico*, coord. Camacho Vizcaino, A., Tirant lo Blanch, Valencia.

⁴ Añade que «*Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 €, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses*».

⁵ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (2015). Pasado, presente y futuro de los delitos de administración desleal y de apropiación indebida, *Estudios Penales y Criminológicos*, v. XXXV, 460-479.

⁶ Conforme al Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, su artículo 28 establece que el auto de la declaración de concursal conllevará el nombramiento de la administración concursal, «*con expresión de las facultades del administrador o de los administradores concursales nombrados*». Según los artículos 62 y 67 podrá recaer sobre una persona física o jurídica, que tendrá que aceptar el cargo.

⁷ Hasta entonces las conductas vinculadas a la administración desleal se incluían dentro del tipo penal de apropiación indebida haciendo una interpretación estricta del mismo. Se incluían no solo las conductas estrictas de apropiación sino también las de distracción.

⁸ Si bien es cierto que se ha planteado si no sería oportuno crear un específico delito societario de administración desleal, o incluso crear otro más específico que afectara a sectores muy concretos como puede ser el bancario o el de intermediación financiera. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., (2016). *El delito de administración desleal de patrimonio ajeno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 04/2016 [obtenido de <http://www.tirantonline.com>].

⁹ El Tribunal Supremo (Sala Penal), en Sentencia de 15 de febrero de 2018, precisa que solo quien infringe el deber de custodia, depósito o administración puede ser considerado como autor del delito, no así los extraños a la relación jurídica que solo pueden actuar como partícipes: como cooperadores necesarios o como cómplices penalmente responsables.

¹⁰ La malversación desleal de fondos públicos será una modalidad de administración desleal, que, aunque históricamente estaba vinculada en nuestro Derecho a la sustracción de fondos públicos y a la desviación del destino de los mismos, ahora incluye también la gestión desleal en contra del patrimonio público.

¹¹ Incluso aunque esta apropiación se produzca por un funcionario público a quien se sancionará con una pena equivalente a la de una gestión desleal.

¹² En el mismo sentido se pronuncia la STS de 30 de noviembre de 2016.

¹³ En la sentencia de 28 de octubre de 2005, el Tribunal Supremo (Sala 2.ª) se manifestó en idéntico sentido al considerar que los bienes inmuebles formaban parte del «activo patrimonial».

¹⁴ En contra MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (*ob. cit.*, 521) quien considera que no hay razón que justifique la exclusión de los bienes inmuebles del delito de apropiación indebida con el fin de trasladarlos exclusivamente al ámbito del delito de administración desleal.

¹⁵ Se refiere al patrimonio privado, y no al de titularidad pública, respecto del cual se tipifica el delito de malversación en los artículos 432 y siguientes del Código penal en relación con la autoridad o funcionario público encargado de su gestión. En este sentido el artículo 435 del mismo cuerpo legal hace extensible los efectos de este delito a todos aquellos «*encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas*», así como a «*los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos*»; sin olvidar a «*los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares*» y a «*los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecidos en la ley*».

¹⁶ El patrimonio es el bien jurídico protegido que en el ámbito de las sociedades de capital sería el patrimonio social [vid. GÁLVEZ JIMÉNEZ, A., (2019). *El delito de administración desleal*, Dykinson, Madrid, 65 y sigs.].

¹⁷ Solo cuando se produce su transmisión *mortis causa*, se establecen medidas de protección para el patrimonio del ausente o se constituye un patrimonio protegido de una persona con discapacidad, cabría hablar de una gestión global del patrimonio del finado, del ausente o del discapacitado respectivamente. También se plantea si estamos ante un patrimonio separado producto de una aceptación de una herencia a beneficio de inventario, lo que permite hablar de un patrimonio autónomo formado por una masa de bienes gravada con el correspondiente pasivo.

¹⁸ Tal y como sucede con lo dispuesto en el artículo 506 del Código civil. Lo que se constituye es un derecho de usufructo sobre un conjunto de bienes del que alguien es titular.

¹⁹ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *ob. cit.*,

²⁰ Desde ahora CC.

²¹ En adelante L.H.

²² Desde ahora CCO.

²³ La STS (Sala 2.^a) de 23 de diciembre de 2009 se refirió a ciertos títulos como ejemplo de aquellos sobre los que se puede imputar un delito de apropiación indebida: los contratos de mandato, la aparcería, la prenda, el contrato de transporte, el comodato y la sociedad, entre otros. La STS (Sala 2.^a) de 16 de julio de 2007 incluye los contratos de arrendamientos.

²⁴ SSTs (Sala de 2.^a), de 24 de febrero de 1999; de 6 de junio de 2000; de 10 de febrero de 2003; de 5 de octubre de 2006; de 16 de noviembre de 2007; de 5 de octubre de 2016; de 25 de octubre de 2017; de 10 de mayo de 2018; de 25 de julio de 2018; y de 11 de junio de 2020.

²⁵ Se incluyen los semovientes. Conforme a unos criterios meramente patrimonialistas cabe hablar de la tenencia y apropiación de un animal. Es susceptible de apropiación (por ej., ovejas o vacas), por lo que también pueden verse afectados por un delito de apropiación indebida.

²⁶ Sin olvidar que los contratos de renting o leasing también podrían ser títulos bastantes para valorar si concurre un delito de apropiación indebida ya que, como manifiesta la STS (Sala 2.^a), de 22 de marzo de 2018, el contrato de renting de un objeto es un alquiler, por lo que no transmite la propiedad; lo que hace que en el caso que se plantea se discuta si se ha producido una apropiación indebida de unas máquinas (excavadoras) cuando sin consentimiento, ni siquiera conocimiento del arrendador, se han trasladado a otro país, y estas no han sido devueltas.

²⁷ Si estamos ante el arrendamiento de fincas rústicas habrá que estar a lo previsto por el artículo 1577 del Código civil

²⁸ STS (Sala 1.^a) de 7 de octubre de 2020.

²⁹ Aunque también la puede solicitar el arrendatario en el caso de que sea el arrendador quien incumple con las obligaciones previstas en el artículo 1554 del Código civil, como son asumir las reparaciones necesarias del objeto o «*mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento por todo el tiempo del contrato*».

³⁰ En la SAP de Madrid (sección 16.^a), de 12 de julio de 2019, una de las partes decide resolver el contrato de modo unilateral, lo que la arrendataria rechaza por no haber quedado una constancia clara de los motivos, y accediendo a la devolución de las máquinas una vez interpuesta una denuncia contra ella. Por ello, una vez recuperada la posesión de las máquinas, y tratándose de valorar si existe o no incumplimiento de las obligaciones recíprocas, la cuestión se debe diferir al ámbito civil ya que no se puede imputar delito de apropiación indebida alguno a la arrendataria. Para que esto sucediera habría que analizar, además de los elementos objetivos del delito de apropiación indebida, el nexo de culpabilidad a fin de apreciar si concurre, no solo la conciencia del acto

realizado, sino también el deseo de incorporar los bienes a su patrimonio, o un ánimo de lucro. Si no se prueba que el arrendatario pretende apoderarse de las máquinas de las que dispone en régimen de alquiler con el fin antes descrito, no se le puede imputar el delito de apropiación indebida; máxime cuando ha procedido a su devolución, «siendo su negativa a aceptar la resolución unilateral del arrendador» al entender que el arrendador no ha cumplido con sus obligaciones derivadas del contrato, lo que inicialmente determina su rechazo, «siendo tales diferencias lo que distingue precisamente el dolo del simple dolo civil».

³¹ En este caso se refiere al alquiler de material —andamios— para el desarrollo de una actividad empresarial. Se resuelve el contrato por impago de las cuotas acordadas y se solicita su devolución. Ante la falta de restitución del material, se imputa al arrendatario un delito de apropiación indebida.

³² Por ejemplo, cuando el autor del delito somete a la víctima a situaciones peligrosas que no es capaz de controlar, no persigue el daño como resultado de su conducta, pero este se puede producir debido a cómo desarrolla su conducta. Tal y como afirma la STS (Sala 2.^a), de 29 de octubre de 2020, «por más que no haya sido la aspiración específica del autor, se representa posible y es querido y aceptado sobre la alternativa de desistir de la acción». Con la culpa consciente el sujeto entiende que existe un riesgo de producción de un resultado dañoso, pero espera que este no se llegue a producir debido a su pericia o a los medios que utiliza; a diferencia de lo que sucede con el dolo eventual.

³³ No reviste interés alguno el préstamo o mutuo en cuanto al estudio del delito de apropiación indebida porque en este caso se transmite la propiedad del objeto prestado; razón por la que el prestatario no restituye el objeto prestado sino «*otro tanto de la misma especie y calidad*» (art. 1740 CC).

³⁴ Se habla del uso como un término temporal y no tanto como una definición del uso en cuanto a establecer qué puede hacer el comodatario con el bien recibido en concepto de préstamo. Por consiguiente, si se presta un coche para viajar, el uso será el transporte y la duración del contrato será el tiempo que dure el viaje.

³⁵ Por supuesto, la imputación del delito no exonera de responsabilidad civil al sujeto activo en cuyo caso habrá que realizar la liquidación correspondiente de su estado posesorio de acuerdo con las reglas establecidas por el del Código civil

³⁶ En relación con el ello, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

³⁷ El artículo 31 Código postal se refiere a quien «*actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre*». Sin embargo, se plantean diversas cuestiones cuando es la persona jurídica la que actúa en calidad de administrador en relación con lo dispuesto por el artículo 31 bis del mismo cuerpo legal a los efectos de delimitar su responsabilidad penal.

³⁸ No hay que olvidar que en este tipo de delitos se aplica lo dispuesto por el artículo 268 Código postal que declara «*exentos de responsabilidad criminal y sujetos únicamente a la civil los cónyuges que no estuvieren separados legalmente o de hecho o en proceso judicial de separación, divorcio o nulidad de su matrimonio y los ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza o por adopción, así como los afines en primer grado si viviesen juntos, por los delitos patrimoniales que se causaren entre sí, siempre que no concurra violencia o intimidación, o abuso de la vulnerabilidad de la víctima, ya sea por razón de edad, o por tratarse de una persona con discapacidad*». Añade el precepto que «*Esta disposición no es aplicable a los extraños que participaren en el delito*». La aplicación de esta excusa absolutoria tiene lugar en relación con el delito de administración desde el momento en que se considera como delito patrimonial y no solo como un delito societario. Algunas sentencias no admiten su aplicación cuando el sujeto pasivo del delito es una sociedad

mercantil, aunque entre el administrador y los socios existan vínculos de parentesco. (SSAP de Pontevedra (sección 5.^a), de 29 de septiembre de 2020, de Barcelona (sección 5.^a), de 7 de febrero de 2020, y de Alicante (sección 10.^a), de 22 de enero de 2016, entre otras). El fundamento de las excusas absolutorias se encuentra en «los vínculos de solidaridad familiar que el ordenamiento jurídico tradicionalmente ha tratado de preservar prohibiendo que las personas ejerciten acciones penales contra sus familiares cercanos, salvo por delitos cometidos por los unos contra las personas de los otros» (SAP de Badajoz (sección 3.^a), de 22 de octubre de 2019). Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo aplica la doctrina del levantamiento del velo a fin de impedir que, bajo esta cobertura, se puedan cometer delitos patrimoniales [SSTS (Sala 2.^a) de 27 de enero 2006, de 9 de diciembre de 2009, y de 22 de octubre de 2010, de 5 de noviembre de 2014, y de 12 de diciembre de 2018].

³⁹ A diferencia de lo que sucedía con el derogado artículo 295 Código postal en relación con el delito societario, que se refería a «los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de un tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de esta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren».

⁴⁰ *Vid.* artículo 256 CCO.

⁴¹ En este sentido, cuando se acuerda en un contrato de obra la construcción de un edificio se está gestionando un interés que plantea problemas de administración desleal cuando las cantidades adelantadas por quien ha encargado la obra, no se emplean adecuadamente. Lo mismo cabe apreciar si estamos ante un contrato de servicios consistente en gestionar el patrimonio de una persona a los efectos de administrar sus inversiones.

⁴² Así lo establece el artículo 254 CCO en relación con el comisionista.

⁴³ En el marco de la administración de una sociedad de responsabilidad limitada, la STS (Sala Penal), de 18 de junio de 2020, dirime la cuestión derivada de la acusación de un delito de apropiación indebida y administración desleal al administrador único de la sociedad. Este abusó de la confianza que los demás socios habían depositado en él, e incorporó a «su patrimonio personal cantidades que le eran entregadas para el cumplimiento de los fines y actividad de la empresa». Asimismo, «utilizó las tarjetas de crédito de la sociedad para realizar gastos y disposiciones de efectivo de índole personal». Pero, en este caso, el Alto Tribunal considera que no concurre un delito de apropiación indebida porque no constaba que el administrador hubiera incorporado el dinero de la empresa a su patrimonio; y, aunque sí quedara probado que abusó de «sus funciones como administrador al haber utilizado un sistema ficticio de cargo de recibos y haber formalizado un préstamo», no se considera tampoco «administración desleal» por lo que sus actos carecen de relevancia penal, «al no haber quedado acreditado que el citado préstamo se gestionara para perjudicar a la empresa o a sus socios, o que los recibos girados no obedecieran a la existencia de hechos económicos reales».

⁴⁴ Se incluye la comisión activa como la comisión por omisión, aunque para que concurra esta última debe concurrir un compromiso de protección; de este modo quedará fijada la relación de causalidad entre este deber y el resultado ([*vid.* AMADEO GADEA, S., (2018) *Una aproximación a la responsabilidad de los administradores y de las personas jurídicas*], Escoda Libros, Madrid, 74 y sigs.).

⁴⁵ Sin olvidar la facultad moderadora de los Tribunales prevista en el artículo 1103 del Código civil.

⁴⁶ Se aplicaría la pena prevista en el artículo 249 Código postal para la estafa que prevé una pena de prisión de seis meses a tres años. El derogado artículo 295 Código postal exigía, en relación con los delitos societarios, «un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de bienes, valores o capital que administren».

⁴⁷ No obstante, a la luz siempre de lo acordado con el titular del patrimonio administrado y de la información suministrada, podría analizarse si la adquisición de las participaciones puede ser catalogada como una operación de alto riesgo por las condiciones del fondo y el dinero que se dedica al mismo. Si la actuación del gestor es dolosa, y con ella genera un claro perjuicio en el patrimonio administrado, cabría plantearse la imputación de un delito de administración desleal.

⁴⁸ MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., *ob. cit.*, P. 537-539.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ La STS (Sala 2.^a), de 3 de diciembre de 2020, considera que un letrado comete un delito de administración desleal cuando, tras recibir cantidades de dinero en concepto de indemnización, para ser entregadas a su cliente, «hace suyo el dinero, abusando de su posesión o tenencia para hacerse pago de sus propios honorarios». Se trata de una gestión desleal que provoca un perjuicio en el patrimonio del administrado.

⁵¹ En el mismo sentido STS (Penal), de 14 de julio de 2008.

⁵² En idéntico sentido se pronuncia el Tribunal Supremo (Sala 2.^a) en Sentencia de 2 de diciembre de 2020, al afirmar que el delito de apropiación indebida queda consumado cuando se dispone del dinero aplicándolo a fines distintos de los pactados, y se alcanza el punto de no retorno, aunque si «el comportamiento se desarrolla a lo largo de un periodo más o menos dilatado de tiempo, no puede hablarse de unidad de acción para encuadrar todos los episodios de distracción y apropiativos en un único delito instantáneo», por lo que «cada uno de los episodios conforma una apropiación independiente». En el mismo sentido STS (Sala 2.^a), de 20 de mayo de 2020.

⁵³ A partir de ahora LOE.

⁵⁴ Véase sobre el tema, CARRASCO, A. (2005). *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Madrid: Civitas. JUAN GÓMEZ, M. (2015). Responsabilidad de las entidades financieras a la luz de la Ley 57/1968. Posicionamiento actual de la jurisprudencia, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 753, (632-647). LÓPEZ SAN LUIS, R. (2017). «Responsabilidad de los garantes en el nuevo régimen de cantidades adelantadas en la compraventa de viviendas sobre plano tras la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (LOSSEAR)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 763, 2349-2390. MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2018). Análisis sobre la protección del adquirente de una vivienda en construcción en cuanto a las cantidades anticipadas al promotor a cuenta del precio, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 768 (1939-1985). SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B., (2020) Responsabilidad por las cantidades anticipadas o entregadas a cuenta en la compraventa de viviendas en construcción, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 778 (1265-1293).

⁵⁵ Se requiere el uso residencial de la vivienda [STS (Sala civil), de 21 de enero de 2020].

⁵⁶ La Audiencia Provincial de Valencia (sección 6.^a) de 8 de noviembre de 2018 se manifiesta en idéntico sentido al sostener que la venta de cosa futura sujeta a una recalificación de terrenos y cambio de usos a fin de proceder a un desarrollo urbanístico posterior, es un contrato complejo: la venta incluye actos edificatorios también.

⁵⁷ La STS (Sala 1.^a), de 29 de junio de 2016, mantiene también esta idea cuando estamos ante un contrato «de permuta de terrenos (o de derechos sobre los mismos) por edificaciones futuras». Entiende que existe «una multiplicidad de relaciones jurídicas que, según los casos, pueden incluir contratos de compraventa, permuta y arrendamiento de obras; pero sin que ello implique que se trate de varios contratos, sino (...) de varias figuras contractuales que, coordinadamente, dan lugar a un único contrato mixto o complejo».

⁵⁸ Su restitución debe quedar asegurada mediante los instrumentos establecidos por el legislador, siempre y cuando las cantidades hayan sido anticipadas al promotor «desde la obtención de la licencia de edificación», sin que ello sea óbice para permitir al adquirente anticipar cantidades antes de la obtención de la licencia de obras. Véase sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M.R., *ob. cit.*, 1939-1985.

⁵⁹ SSTs de 25 de octubre de 2011, de 10 de diciembre de 2012, de 5 de febrero de 2013, de 11 de abril de 2013, de 19 de julio de 2013, de 29 de enero de 2014, de 7 de mayo de 2014, de 6 de enero de 2015, de 20 de enero de 2015, de 30 de abril de 2015, de 15 de septiembre de 2015, de 12 de julio de 2016 y de 2 de febrero de 2017.

⁶⁰ Salvo que concediera una prórroga al promotor para ejecutarlo «*especificando el nuevo periodo con la fecha de terminación de la construcción y entrega de la vivienda*».

⁶¹ Ello obedece a una norma imperativa [apartado b), núm. uno de la disposición adicional primera de la LOE], cuyo fin es proteger los intereses de los consumidores, y que, por tanto, queda «fuera del ámbito de disposición de las partes», tal y como recuerda la STS de 8 de mayo de 2019. El promotor debe conocer cuáles son sus obligaciones y, por tanto, cualquier disposición realizada de los fondos adelantados con un fin distinto de la construcción de las viviendas, debe ser considerado doloso.

⁶² STS de 13 de enero, 30 de abril, 15 de julio y 21 de diciembre de 2015; de 24 de enero, 28 de febrero, 21 de marzo, 19 de septiembre, 10 de octubre y 21 de noviembre de 2018.

⁶³ Aunque se puede pactar en estos términos. Ahora bien, situación distinta es la que se plantea en el acuerdo analizado por la STS (Sala 2.ª), de 24 de julio de 2019, mediante el cual el promotor debe aplicar las cantidades entregadas a cuenta del precio de la vivienda en construcción a minorar la cuantía del préstamo hipotecario que actúa como gravamen sobre la promoción. Su fin: disminuir la carga hipotecaria que iba a gravar las viviendas al tiempo del otorgamiento de la escritura pública, un aspecto relevante pues estaba prevista la subrogación de sus adquirentes en el mismo. Sin embargo, el promotor dedicó los fondos adelantados a «abonar intereses devengados por la totalidad del préstamo y amortizaciones de lo vencido para evitar el cierre del préstamo global y su ejecución». Por esta razón, el Tribunal Supremo entendió que la gestión de los fondos entregados había sido indebida, con el consiguiente perjuicio para los compradores que habían tenido que «hacer frente a un precio de compra superior, como consecuencia de la deuda generada por el recurrente con la entidad financiera que anticipó fondos para realizar la promoción inmobiliaria».

⁶⁴ La SSAP de Madrid (Sección 25.ª), de 18 noviembre 2019, y de Almería (sección 1.ª), de 12 de noviembre de 2019.

⁶⁵ A estos intereses se les aplicaría el tipo legal como mínimo, salvo que se hubiera pactado un tipo superior (SSTS de 25 de junio y 30 de octubre de 2019). A partir de la STS (Sala 1.ª) de 10 de marzo de 2020 se reafirma una Jurisprudencia ya consolidada (SSTS de 19 de febrero, de 20 de noviembre y 25 de junio de 2019; 3 y 19 de febrero de 2020) que considera que el momento inicial del devengo de los intereses de los anticipos ha de ser siempre el de la entrega de las cantidades por el adquirente de la vivienda al promotor. El interés legal aplicable a las cantidades anticipadas es remuneratorio y exigible desde cada anticipo (STS (Sala 1.ª), de 1 de marzo de 2021).

⁶⁶ Es sustancial para exigir una responsabilidad *in vigilando* a las entidades bancarias que estas conozcan o puedan conocer los pagos que se están realizando, lo que exige una clara valoración jurídica. Por ello, la STS (Sala 1.ª), de 1 de marzo de 2021, considera que la ley no ampara «a quienes (...) contratan por medio de una sociedad, prescinden de la cuenta indicada en sus contratos para el ingreso de los anticipos y, en fin, los ingresan por medio de otra sociedad en una cuenta diferente y una entidad de crédito distinta».

⁶⁷ SSTs (Sala 2.ª) de 24 de junio de 2014 y 30 de junio de 2015.

⁶⁸ SSTs (Sala 2.ª) de 12 de febrero de 2016, de 16 de noviembre de 2017 y de 12 de marzo de 2019.

⁶⁹ STS (Sala 2.ª) de 23 de mayo de 2017. Se imputa un delito de estafa al promotor que induce a los adquirentes de unas viviendas que promociona a que le entreguen unas sumas de dinero para continuar con la construcción de aquellas, cuando su intención no era esta. Se aprovechó de la buena fe de los compradores y defraudó su interés [STS (Sala 2.ª) de 20 de marzo de 2018].

⁷⁰ La STS de 8 de mayo de 2019 deja claro que resulta indiferente «si lo ha gastado en atenciones personales, si lo ha ocultado, si lo ha regalado a un tercero, si lo ha empleado en otras promociones inmobiliarias o en otros negocios o si lo ha utilizado para sanear su empresa».

⁷¹ La STS (Sala 2.^a) de 22 de mayo de 2019 incide en la actuación dolosa del promotor al utilizar las cantidades anticipadas a un fin no previsto cuando «sabe que no están a su disposición»; todo con independencia del fin al que los destine.

⁷² También STS de 28 de junio de 2019.

⁷³ En la STS (Sala 2.^a) de 23 de noviembre de 2018 se analiza el supuesto en el que el promotor incumple las obligaciones de garantía y depósito, aunque construye las viviendas acordadas. Sin embargo, la entrega de estas se frustra debido a la ejecución de una garantía hipotecaria que recaía sobre la promoción en garantía del préstamo que tenía pendiente de liquidar el promotor. No se había pactado una entrega libre de cargas y, pese a haber incumplido con sus obligaciones de garantía y depósito exigidas por la LOE, como el promotor ha dedicado los efectos adelantados a la construcción de las viviendas acordadas, el Tribunal Supremo entiende que este «no hizo suyas las cantidades recibidas, sin saber el destino que les dio, pues es claro que no pudo hacer tal cosa y al mismo tiempo destinarlas a una construcción que, en la sentencia, se reconoce que fue acabada».

⁷⁴ STS (Sala 2.^a) de 6 de marzo de 2014.

⁷⁵ Vid. LACRUZ BERDEJO, J.L. (1995). *Derecho de Obligaciones*, II, Bosch, 38. EGUSQUIZA BALMASEDA [(1991). «Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1989). *RCDI*, número 602, 25] considera que el comprador no es propietario, pero tiene una legítima expectativa sobre el derecho de propiedad.

⁷⁶ Sobre el tema AMORÓS GUARDIOLA, M., (1972). El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles, *RCDI*, número 488 (9-43).

⁷⁷ Por ej. ejercitar una tercería de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que el comprador es totalmente ajeno (STS [Sala 1.^a] de 16 de julio de 1993). ZUMAQUERO GIL [en (2020). «¿Expectativa de derechos o derechos expectantes? Un análisis de la posición del comprador en el pacto de reserva de dominio» en *Función de las condiciones en el tráfico inmobiliario*, dirigida por CAÑIZARES LASO, A. Tirant lo Blanch, 384] se refiere a un derecho expectante en cuanto que «el pacto de reserva de dominio es una situación de pendencia en la que existen dos titularidades provisionales: la titularidad interina del vendedor y la titularidad preventiva del comprador», por lo que considera se «trata de una propiedad en tránsito hasta el cumplimiento de la obligación».

⁷⁸ En relación con la STS (Sala 2.^a) de 28 de marzo de 2005, que analiza un recurso en el que se acusa de un delito de apropiación indebida a un comprador que enajenó el bien que había adquirido, pero sobre el que recaía una cláusula de reserva de dominio.

⁷⁹ La Resolución de 29 de octubre de 2020 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, ante la negativa de la registradora de inscribir una escritura de donación a favor de unos hijos con reserva de usufructo simultáneo y sucesivo a favor de los padres; con pacto de reversión a favor de estos últimos cuyas causas no tendrán que probar; con prohibición de disponer de los donatarios durante la vida de los donantes sin el consentimiento de estos últimos; y con reserva de disponer para los donantes, todo ello a juicio del donante, es decir, sin tener que justificar la necesidad. Entiende que es una donación *mortis causa*, y no una donación de presente con eficacia post mortem, ya que los donantes no pierden su poder de disposición sobre el bien donado, mientras que en la donación inter vivos con eficacia post mortem sí pierden su facultad dispositiva porque se transmite el derecho al donatario, aunque este quede condicionado suspensivamente a la muerte del donante, en cuyo caso sí podría acceder al Registro de la Propiedad. La citada resolución confirma esta idea: no se ha transmitido la propiedad de lo donado porque

la donación «tiene un mero alcance formal y queda por completo desnaturalizada por la reversión a favor de los donantes bajo su libre arbitrio». Los donantes son propietarios mientras vivan. Razón: no se admite una donación *inter vivos* libremente revocable.

⁸⁰ El texto original del artículo 253 del C.P. de 1995 disponía que sería castigado aquel que se apropiara «de cosa perdida o de dueño desconocido, siempre que en ambos casos el valor de lo apropiado» excediera «de cincuenta mil pesetas», incrementando la pena si el objeto del delito recayera sobre «cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico».

⁸¹ *Vid.* SAP (penal) de Madrid (sección 1.ª), de 28 de junio de 2018, en donde se plantea una situación de este tipo en relación con una bicicleta propiedad de Bicimad. Si se prueba el uso sin autorización, pero no el ánimo apropiatorio. Hay que distinguir el delito de apropiación indebida del delito de hurto, tal y como señala la SAP Madrid (penal) (sección 1.ª), de 6 de marzo de 2020, ya que el artículo 254 Código postal tipifica la apropiación indebida de bienes muebles por carecer de título legítimo, y no el delito de sustracción: «Ha de conocerse que se trata de bienes ajenos, y la apropiación requiere una inferencia intencional, de incorporación del objeto al patrimonio del autor, que puede ser indefinida, quedando fuera de la órbita penal lo que pudiera ser un contacto más o menos instantáneo. Sin duda, el «*ánimus rem sibi habendi*» es el propósito de tener la cosa mueble para sí, desapoderando de la cosa al sujeto pasivo en forma definitiva, incorporándola, al menos transitoriamente, a su propio ámbito de dominio; así lo ha declarado la jurisprudencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo en Sentencias como pueden ser las 10 de marzo de 2000 o 23 de noviembre de 2001». En la sentencia apelada se indica que el acusado fue interceptado con una bicicleta de la empresa BICIMAD, sin título legítimo para el alquiler y esta acción no revela en absoluto un ánimo de apropiación del vehículo, de incorporarlo al propio patrimonio. Podríamos estar quizás ante un uso temporal no consentido de la bicicleta, pero tal conducta es atípica. Efectivamente, una bicicleta puede ser un bien mueble susceptible de apoderamiento mediante el uso de fuerza, o de violencia e intimidación, o sin ninguna de estas circunstancias, en cada uno de estos supuestos podríamos estar ante un delito de robo con fuerza en las cosas, o ante un delito de robo con violencia e intimidación o ante un delito de hurto penado en el artículo 234 C.P. y sin duda también puede ser objeto de una apropiación indebida. Ahora bien, todas estas figuras delictivas implican la sustracción del bien mueble, la pérdida de disponibilidad del mismo por parte de su propietario con un carácter permanente. En estos términos, no probado el elemento subjetivo, hay que concluir que la mera utilización de la bicicleta no es constitutiva de delito de apropiación indebida.

⁸² Sobre el cobro de lo indebido, *vid.* BALLARÍN HERNÁNDEZ, R., (1985). *El cobro de lo indebido: perfiles institucionales y eficacia traslativa*, Tecnos, Madrid. También TORRE OLID, F., (2013). Actualidad de los cuasi contratos. Revitalización del artículo 1891 del Código civil para la tutela de los consumidores-inversores en el sector financiero (un estudio necesario en tiempos de crisis), *RCDI*, número 739, 2951 y sigs.

⁸³ La STS (Sala 1.ª), de 3 de julio de 2010, indica que los requisitos que deben concurrir para que exista cobro de lo indebido son los siguientes: 1.º) el pago se realiza «con la intención de extinguir la deuda»; con un «*animus solvendi*»; 2.º) no existe obligación alguna entre quien paga y el que recibe y, «por consiguiente, falta de causa en el pago, que puede ser indebido subjetivamente»; y 3.º) concurre un error por parte del que hizo el pago, «sin distinguir entre el derecho y el hecho». En el mismo sentido SSTS (Sala 1.ª), de 24 de julio y 2 de octubre de 2000.

⁸⁴ SSTS (Sala 1.ª), de 7 y 21 de octubre de 2020.

⁸⁵ Tal y como matiza la STS (Sala 1.ª) de 20 de marzo de 2019, la buena fe hay que analizarla de acuerdo a los criterios establecidos por el artículo 1899 del Código civil, y no por lo previstos en el artículo 7 del mismo cuerpo legal. Por tanto, queda liberado de la obligación restitutoria quien actúa de buena fe y cree que está cobrando una deuda subsistente, en el caso de que «*hubiese inutilizado el título o dejado prescribir la acción, o abandonado las prendas, o cancelado las garantías de su derecho*». En este caso la recla-

mación del quien pagó indebidamente deberá ser dirigida «*contra el verdadero deudor o los fiadores respecto de los cuales la acción estuviese viva*».

⁸⁶ Aunque el legislador matiza que si «*el demandado negare haber recibido la cosa que se le reclame ..., justificada por el demandante la entrega, queda relevado de toda otra prueba*». No obstante, aunque se pruebe que el pago no se justifica en una deuda pendiente, esto no es óbice para que el *accipiens* pueda probar que la atribución se fundamentaba en otra causa justa (art. 1901 CC). Si se tratara de una donación, deberán concurrir los requisitos formales necesarios para ella a fin de evitar los efectos de la *condictio indebiti*. En cualquier caso, el desplazamiento patrimonial debe fundamentarse en una causa para impedir la restitución.

⁸⁷ En la STS (Sala 1.^a) de 14 de junio de 2007 se define la *condictio indebiti* como una acción personal de lo injustamente obtenido y se buscar diferenciarla de la acción indemnizatoria de naturaleza extracontractual del artículo 1902 del Código civil *Vid. BASAZABAL ARRUE, X., (2018). «Enriquecimiento injusto: una aproximación al derecho inglés de restituciones», ADC, enero, 25 y 26, sobre la distinción en el common law entre el valor recibido y el valor superviviente, y entre la respuesta personal y real. Mientras nuestra acción de cobro de lo indebido tiene una naturaleza personal a fin de restituir lo que ha sido entregado (in natura), y en su defecto su valor pecuniario, en el derecho inglés la primera respuesta permite recuperar el valor pecuniario de lo recibido, mientras que la segunda permite obtener aquello en lo que se ha transformado lo que fue entregado. El dinero no plantea mayores problemas, aunque sí surgen estos cuando estamos ante otro tipo de objetos y hay que valorar un enriquecimiento no pecuniario.*

⁸⁸ Tal y como afirma DE LA TORRE OLID, F. (en (2016). «Tratamiento conjunto del enriquecimiento y del empobrecimiento injusto para objetivar soluciones de equidad. Un estudio en torno a la causa negocial», *RCDI*, julio, 1816), se trata de evitar un enriquecimiento injusto que no se aprecia cuando la atribución del bien se basa en una relación de naturaleza contractual,

⁸⁹ SAP de Alicante (sección 3.^a), de 15 de enero de 2018: el acusado «con propósito de ilícito enriquecimiento» recibe en su cuenta corriente de una cantidad de dinero, que no le pertenecía, de la que se apropió y dispuso.

⁹⁰ No existe hurto porque el sujeto no toma algo que es ajeno, sino que recibe y se apropia posteriormente de ello [SAP de Madrid (sección 3.^a), de 14 de enero de 2019].

⁹¹ La STS (Sala 2.^a), de 14 de diciembre de 2020, considera que para que el engaño sea bastante en un delito de estafa, no se puede privar de la tutela oportuna a las víctimas exigiéndolas medidas preventivas destinadas a evitar el engaño, ya que en el tráfico mercantil se opera con unos ciertos márgenes de confianza. Hay que distinguir entre el engaño burdo que provoca «un error en el sujeto pasivo de forma que el desplazamiento patrimonial se provoque por la manifiesta desidia de este (es el caso del cobro de cheques en los que figura una firma fingida sin similitud alguna con la auténtica)» y la estafa que produce perjuicios entre «quienes actuando de buena fe se mueven en las relaciones sociales y mercantiles con los márgenes de confianza en los demás indispensables para la convivencia y el tráfico económico y comercial». No obstante, el engaño se debe valorar «*intuitu personae*» en cuanto que la personas puede ser «más sugestionable por su incultura, situación, edad o déficit intelectual». En este sentido entiende que «la no devolución por parte de quien recibió una cantidad en virtud de un error del transmitente es constitutiva de delito de apropiación indebida (art. 254 CP)». Sin embargo, «si en el error ha influido también el beneficiario con una actividad engañosa «no idónea», la conducta, pese a aparecer como más grave, quedaría absurdamente al margen del derecho penal, si dotamos a la doctrina comentada de esa inmatizada aplicación generalizada».

⁹² Sobre las diferencias entre gestión de negocios ajenos y la expromisión, entendiendo que mientras el gestor actúa por cuenta del *dominus*, el deudor expromitente busca sustituir al antiguo deudor en la relación sobre la que actúa, *vid. MORETÓN SANZ, M.F.*,

(2017). Reembolso y responsabilidad del pago de la estancia en una residencia privada: decisión unilateral de ingresar a su madre en el geriátrico privado, *RCDI*, mayo, 1551.

⁹³ La STS (Sala 1.ª), de 9 de marzo de 2006, se hace eco de lo manifestado por las sentencias de 27 de abril de 1945 y de 2 de febrero de 1954, sobre las condiciones que debe cumplir la gestión de intereses ajenos: «que los actos que se realicen con esa finalidad respecto a bienes que estén de hecho abandonados, lo sean espontáneamente, y sin mandato ni conocimiento del dueño de los mismos, obrando, por lo tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición, con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad, y no siendo admisible tampoco (...) que se haga por codicia de ganancia». En cuanto al «*animus aliena gerendi*» como característica primordial de la actuación del intruso, se puede prescindir «del elemento subjetivo aplican al tratamiento y efectos propios de la gestión oficiosa» y basarse en un criterio objetivo, «a la mera actuación sin mandato en negocio ajeno *re ipsa*, acompañada del *utiliter gestium*, y este requisito no lleva implícita necesariamente la idea de lucro o ganancia que haya de producir la gestión, pues es suficiente la actuación del gestor con la diligencia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena, como si se aprovecha de sus resultados».

⁹⁴ En el mismo sentido DE LA TORRE OLID, F., *op. cit.*, 1817.

⁹⁵ Se debe analizar el interés que adquiere el asiento de presentación frente a terceros hipotecarios, por concurrir en ellos los requisitos del artículo 34 L.H., ante las prohibiciones de disponer [STS (Sala 1.ª), de 7 de abril de 2000]. La fecha del asiento principal será siempre la del asiento de presentación a los exclusivos efectos registrales en virtud de lo previsto por el artículo 24 LH a fin de no minimizar el valor intrínseco de la propia inscripción de una anotación preventiva. Por esto, tal y como manifiesta la SAP de Madrid (sección 7.ª) de 14 de diciembre de 2007), «pretender que estos efectos se produzcan *ex tunc* a partir del asiento de presentación, es una afirmación que solo tiene interés en cuanto se haya producido un cambio civil de titularidad en el intervalo existente entre el asiento de presentación y el asiento de inscripción». Siendo esto así, la función del asiento de presentación será la del cierre registral, mientras que la fecha de la anotación preventiva será la que figure al respecto.

⁹⁶ En adelante, RDGRN.

⁹⁷ Es doctrina reiterada del Centro Directivo (RDGN de 15 de noviembre de 2000, 9 de septiembre de 2004, 19 de diciembre de 2006, 25 de noviembre de 2014 y 28 de julio de 2016) que no basta con la constatación registral del delito, ya que lo que es objeto de anotación preventiva es «el ejercicio de una acción de transcendencia real inmobiliaria».

⁹⁸ Modificado por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

⁹⁹ Véase sobre el tema MARTÍN BRICEÑO, M.R. (2010). Interés económico y social de las prohibiciones voluntarias de disponer: su validez y eficacia jurídica, *Actualidad Civil*, núm. 6, 627-628.

*Trabajo recibido el 14-1-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

La ocupación de viviendas sin título habilitante y los derechos fundamentales y humanos en conflicto*

Housing squatting and the fundamental and human rights at stake

por

HÉCTOR SIMÓN MORENO
Profesor agregado de Derecho civil
Cátedra UNESCO de Vivienda
Universidad Rovira i Virgili

RESUMEN: El presente trabajo analiza la ocupación de viviendas sin título habilitante, un fenómeno que es el resultado del fracaso de las políticas públicas y que causa problemas de diversa índole para los propietarios y las comunidades de propietarios. La aproximación a esta problemática a nivel legislativo, judicial y social es diversa y, a menudo, contradictoria en función de si se desean proteger los intereses de los propietarios de la vivienda (en cuyo caso se intenta acelerar el procedimiento de recuperación de la posesión de la vivienda o se propone un aumento de la pena del delito

* El presente trabajo ha sido posible gracias a la participación del autor, como investigador, en el Proyecto «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» del Ministerio de Ciencia e Innovación (Ref. PID2020-112876GB-C31).

de usurpación) o de sus ocupantes (cuya situación posesoria se protege en normas con rango de ley o gracias a la aplicación de derechos humanos y fundamentales), lo que aconseja un análisis desde una perspectiva holística que tenga en cuenta los diversos derechos fundamentales y humanos en conflicto, básicamente el derecho de propiedad privada, el derecho a la vivienda, la protección de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio. Para ello se analiza brevemente en primer lugar la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al propietario por la vía civil, penal y administrativa, se contextualizan a continuación los derechos fundamentales y humanos relevantes y, finalmente, se reflexiona sobre la forma de abordar este fenómeno teniendo en consideración el derecho comparado.

ABSTRACT: This paper analyzes the squatting of residential properties phenomenon, which is the result of the failure of public policies and causes different types of problems for both homeowners and condominiums. The approach to this issue at legislative, judicial and social level is diverse and, quite often, contradictory depending on whether the interests of homeowners (in which case the lawmaker tends to speed up the procedure for recovering possession of the dwelling or an increase in the penalty of the crime of usurpation is proposed) or of the possessors of the dwelling (whose possession status is protected in some laws or on the basis of the application of human and fundamental rights) are intended to protect. For this reason, an analysis from a holistic perspective is needed taking into account the several fundamental and human rights at stake, basically the right to private property, the right to housing, the protection of private and family life and the inviolability of the domicile. To do this, the protection that the legal system provides to homeowners on civil, criminal and administrative basis is briefly analyzed, then the relevant fundamental and human rights are contextualized and, finally, a reflection is made on how to approach this phenomenon taking into consideration its treatment in comparative law.

PALABRAS CLAVE: Okupación. Usurpación. Derecho a la vivienda. Propiedad privada. Domicilio. Vida privada y familiar. Políticas públicas.

KEY WORDS: *Squatting. Usurpation. Right to housing. Private property. Domicile. Privacy and family life. Public policies.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PROTECCIÓN DEL PROPIETARIO ANTE LA OCUPACIÓN DE UNA VIVIENDA SIN TÍTULO HABILITANTE: 1. A NIVEL CIVIL. 2. A NIVEL PENAL. 3. A NIVEL ADMINISTRATIVO.—III. LA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS SIN TÍTULO

HABILITANTE Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS EN CONFLICTO: 1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN NUESTRO MARCO CONSTITUCIONAL Y PRIVADO. 2. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA: A) *En la Constitución española*. B) *En el ámbito internacional*. C) *En el ámbito europeo*. D) *La protección del derecho a la vivienda en base a otros derechos fundamentales*. 3. EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO.—IV. ALGUNAS REFLEXIONES: 1. LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL. 2. LA VÍA PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD. 3. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA VIVIENDA Y LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La ocupación de viviendas sin título habilitante es un fenómeno que ha evolucionado desde la crisis financiera internacional que estalló en el año 2007. Así lo demuestra el delito de usurpación (art. 245 del Código penal 1995 —CP—, que castiga a quien ocupare, sin autorización debida, un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o se mantuviere en ellos contra la voluntad de su titular, con la pena de multa de tres a seis meses), que es el delito que más ha aumentado entre 2008 y 2013 (un 168%) de acuerdo con los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística (INE)¹.

Los pocos estudios que existen sobre este fenómeno concluyen, por un lado, que unas 87.500 familias ocupan alrededor de 85.000 y 90.000 viviendas en España sin un título habilitante (INSTITUT CERDÀ, 2017, 17)² y, por otro, que afecta principalmente a las entidades financieras³ (en el 80% de los casos), lo que concuerda con las estadísticas que ofrece el INE: los condenados por delitos de usurpación ascendieron a 6028 en 2018 y 4687 en 2019, mientras que los delitos de allanamiento de morada (art. 202 CP, un concepto —morada— que incluye tanto a las primeras como a las segundas residencias en tanto que lo relevante es que use «*la vivienda con arreglo a su naturaleza, es decir, como un espacio en el que desarrollaba aspectos de su privacidad*», STS de 11 de diciembre de 2014⁴) fueron sensiblemente inferiores (285 en 2018 y 230 en 2019). Los propietarios afectados directamente por este fenómeno se enfrentan a un desembolso económico relevante para adecuar la vivienda al estado original previo a su «okupación» (que oscila entre 3500 y 30000 euros) y a una pérdida de su valor entre el 40% y el 60%. Además, la «okupación» de una vivienda no exime al propietario de mantener su propiedad en perfecto estado, respondiendo vía artículo 1902 del Código civil español (CC) de los daños que se puedan producir en otras viviendas por este hecho (SAP de Madrid de 28 de febrero de 2018⁵). Con

todo, los efectos de la «okupación» van más allá del propietario que la sufre. Piénsese que el 80% de las «okupaciones» se producen en viviendas sujetas a un régimen de propiedad horizontal⁶. Por este motivo, y dado que entre el 40% y el 60% de los propietarios de las viviendas ocupadas sin título realizan conexiones fraudulentas que pueden poner en peligro la seguridad del inmueble, al tiempo que pueden causar molestias a los vecinos⁷, no es de extrañar que la «okupación» sea la principal preocupación de los propietarios de segundas residencias⁸ y que los integrantes de comunidades de propietarios muestren una preocupación cada vez mayor por este fenómeno (Fundación Mutua de Propietarios y Cátedra UNESCO de Vivienda de la URV, 2017).

Las razones que pueden explicar la «okupación» de viviendas son variadas. En primer lugar, la ausencia de ingresos y el aumento de las personas en riesgo de pobreza explican las dificultades para acceder a una vivienda digna y para hacer frente a los costes ordinarios asociados a su mantenimiento. De hecho, 12,3 millones españoles (el 26,6% de la población) se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social en 2018 (EAPN ESPAÑA, 2018). El detonante fundamental de la crisis del acceso a la vivienda, pues, ha sido el desempleo⁹, que ha provocado, entre otros efectos colaterales, un aumento de la «okupación» de viviendas. Esta clase de «okupaciones», sin embargo, difieren de la tradicional «okupación» realizada por motivos políticos e ideológicos¹⁰ y de las que se realizan con finalidades criminales (*vid. infra*). En este sentido, un estudio (OBRA SOCIAL BCN, 2018)¹¹ mostraba que al menos el 75% de las personas que ocupaban una vivienda sin título habilitante lo hacía por un motivo relacionado con la carencia de ingresos en relación al coste de la vivienda (solo el 39% tenía un trabajo remunerado), que siete de cada diez viviendas estaban ocupadas por familias (de origen español y cuya edad media era de 36-45 años), que el 80% de las ocupaciones afectaban a entidades bancarias y grandes tenedores de viviendas (lo que coincide con las cifras ofrecidas *supra*) y que el 14% de los encuestados alegaban la emancipación como razón principal para «okupar». Por tanto, la ocupación de viviendas sin título habilitante puede responder a otras finalidades distintas de la situación de necesidad o la reivindicación política: ser una alternativa a las vías tradicionales de acceso a una vivienda de las personas jóvenes, estas son, la compra de vivienda y el alquiler, que son cada vez más inaccesibles para este sector de la población (principalmente, la propiedad) debido a la elevada tasa de paro juvenil y la precariedad laboral (MUÑOZ FERNÁNDEZ, 2017, 166).

En efecto, se ha constatado en los últimos años la ausencia en nuestro país de medidas encaminadas a conseguir una diversificación de las formas de tenencia, tal y como exige la Agenda Urbana de 2016¹² y el artículo 47 de la Constitución española —CE—. Así, el acceso a la propiedad de una vivienda requiere ordinariamente concertar un préstamo hipotecario si no se

tienen los recursos propios suficientes, y los adquirentes —desde la aprobación de la Ley 5/2019¹³— deberán disponer de recursos propios suficientes para hacer frente al pago inicial (ordinariamente, el 20% del valor de la vivienda). Por otro lado, la alternativa natural para las personas con menos recursos, por ejemplo jóvenes o familias monoparentales, el alquiler, ha sido más caro que el pago de una hipoteca en prácticamente toda España desde 2012 hasta hoy (NASARRE AZNAR, 2020, 59), por lo que existe un problema de asequibilidad: si bien es cierto que el pago de la fianza es equivalente a una mensualidad de la renta (art. 36.1 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos —LAU—¹⁴), su fijación inicial y su actualización se pacta libremente por las partes (art. 18 LAU). Además, el arrendador repercute ordinariamente al arrendatario una serie de costes adicionales que encarecen el alquiler (tributos, suministros, cuotas de la comunidad, etc., art. 20 LAU). En este sentido, la última reforma de la LAU por Real Decreto Ley 7/2019, de 1 de marzo¹⁵, no prevé mecanismos clave de sistemas arrendaticios funcionales de nuestro entorno europeo, por ejemplo los previstos en Alemania, Suiza o Austria (especialmente, por ejemplo, en relación a la promoción de arrendamientos indefinidos; NASARRE AZNAR *et al.*, 2015, 67 y sigs.). En definitiva, se necesitan tenencias inmobiliarias más asequibles, estables y flexibles adaptables a las necesidades de cada familia.

Otros factores también pueden explicar las ocupaciones de vivienda sin título habilitante, como el número de viviendas vacías o el escaso parque social de viviendas. Así, debe tenerse en consideración el número de viviendas vacías en España (3,5 millones, que representan el 13,7% del total del parque de vivienda —INE, 2013, 1—, aunque la realidad puede diferir sustancialmente de aquellas estimaciones¹⁶) y el hecho de que el parque de viviendas sociales sea de los más bajos de Europa (TRILLA BELLART y BOSCH MEDA, 2018, 17 y sigs.): representa entre el 1% y el 2,5% del total de viviendas principales¹⁷. De hecho, se estima que se necesitarían 2,65 millones de nuevas unidades para atender las actuales y futuras necesidades residenciales hasta el año 2030. Es por ello que las políticas de vivienda autonómicas, sobre la base de la función social de la propiedad, han implementado «incentivos negativos» —con una relación coste/beneficio todavía por demostrar— con la finalidad de que las viviendas desocupadas sean cedidas a la Administración y aumentar, así, el escaso e insuficiente parque de viviendas sociales.

Finalmente, el auge de la «okupación» de viviendas puede venir motivado por una débil protección del derecho de propiedad privada (art. 33 de la Constitución española —CE— y arts. 348 CC y 541-1 del Código civil de Cataluña —CCC—). Una vez ocupada sin título habilitante la vivienda que no constituye la morada de su propietario, la protección de la inviolabilidad

del domicilio de sus ocupantes (art. 18.3 CE) implica que el propietario deba acudir a la vía judicial para recuperar la posesión de la vivienda, sea civil (el desahucio por precario o la tutela sumaria de la posesión, artículo 250 de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—), administrativa (el desahucio administrativo, regulado a nivel local en los artículos 120 y siguientes del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales¹⁸) o penal (sobre la base del delito de usurpación, art. 245 CP), pero la lentitud del procedimiento (el proceso penal puede demorarse diecisiete meses, el civil hasta siete meses —PÉREZ DAUDÍ, 2017— y el administrativo se alarga por su carácter ultragarantisista¹⁹) ha lastrado su eficacia.

La «okupación» de viviendas sin título habilitante, pues, es el resultado del fracaso de las políticas públicas: no se provee de un acceso asequible y estable a una vivienda ni existe vivienda social suficiente para hacer frente a situaciones de necesidad, como exige el derecho a la vivienda, ni se ponen los medios materiales y humanos para una recuperación rápida de su posesión cuando se ocupa sin título habilitante, como exige el derecho de propiedad. También debe recordarse la paradoja de la ocupación de viviendas sin título habilitante: el Derecho civil posibilita que la posesión continuada de una vivienda pueda otorgar a su ocupante un título de propiedad²⁰, y ello aunque la posea sin título y de mala fe (arts. 447 CC), si bien el Derecho penal, como se analizará posteriormente, puede considerar dicha posesión como un delito.

Las actuaciones para hacer frente a este fenómeno a nivel legislativo, judicial y social son diversas y, a menudo, con finalidades antagónicas en función de los intereses que se deseen proteger. Por ejemplo, el legislador estatal ha decidido afrontar la problemática de la ocupación de viviendas sin título habilitante mediante la Ley 5/2018, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil²¹. Su aprobación responde, según su Exposición de motivos, al aumento de este fenómeno (en particular, por las «okupaciones» que se realizan con un ánimo de lucro) y a la falta de eficacia de los procedimientos legales existentes para recuperar su posesión. Así, la Ley 5/2018 busca luchar contra la ocupación de las viviendas con finalidades criminales y/o empresariales —una práctica que ha proliferado en los últimos años²²— agilizando el procedimiento de desahucio. Por otra parte, algunas proposiciones legislativas presentadas para su aprobación en el Congreso de los Diputados abogan por el incremento de las penas de prisión para el delito de usurpación, al tiempo que otras proponen su despenalización.

A nivel autonómico, destacar que el legislador catalán ha previsto en el Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda²³, la posibilidad de ofrecer un alojamiento provisional a los ocupantes sin título de una vivienda de carácter privado si se cumplen una serie de condiciones (por ejemplo, las personas se encuentran en

riesgo de exclusión residencial), así como la obligatoriedad de los grandes tenedores de proponer un alquiler social a los ocupantes sin título antes de interponer determinadas demandas judiciales (por ejemplo, de desahucio). De este modo, la «okupación» se convierte en una vía indirecta para acceder a un título legal sobre la vivienda «okupada». Esta última medida ha sido declarada inconstitucional por Sentencia del Tribunal Constitucional (TC) 16/2021, de 28 de enero²⁴, básicamente por no concurrir los requisitos del presupuesto habilitante que exige el artículo 86.1 CE para regular la materia.

Por su parte, el Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica²⁵, ha ampliado la facultad del juez de suspender el lanzamiento hasta la finalización del estado de alarma (9 de mayo de 2021, prórroga prevista en el Real Decreto 956/2020, de 3 de noviembre²⁶, respecto al plazo inicial declarado por el Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre²⁷) en el caso de las «okupaciones» en las que no existe un título habilitante, en particular en aquellos procesos penales en los que se sustancie el lanzamiento de la vivienda habitual de aquellas personas que la estén habitando sin ningún título habilitante para ello.

A nivel judicial y supranacional, algunos juzgados aplican el delito de usurpación con base en el principio de legalidad, mientras que otros defienden que debe protegerse al propietario únicamente por la vía civil por la función social de la propiedad, la existencia de otros derechos fundamentales que proteger o la propia Ley 5/2018, al tiempo que deben lidiar con la dificultad de aplicar medidas cautelares cuando se ocupan viviendas que no constituyen la morada de sus propietarios; y algunas resoluciones judiciales tanto a nivel nacional (TS) como internacional (Tribunal Europeo de Derechos Humanos —TEDH—) han tenido cierta consideración de la situación de los ocupantes sin título atendiendo a sus circunstancias personales. Por ejemplo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC, dictamen de 11 de octubre de 2019) ha dictaminado la violación del derecho a la vivienda de unas personas sin título que no fueron alojadas debidamente por la Administración tras un desalojo.

Y a nivel de particulares y grupos sociales, el fracaso de las políticas públicas ha propiciado que algunos propietarios anuncien viviendas «okupadas» para su venta²⁸, hayan organizado patrullas para evitar que se ocupen viviendas²⁹ o hayan decidido confiar en empresas que se dedican a la recuperación de la posesión de la vivienda por mecanismos extrajudiciales³⁰, lo que no es un fenómeno extraño en otros países³¹, al tiempo que la aplicación de las normas en vigor (por ejemplo, el Decreto Ley catalán 17/2019) también se ha buscado por la vía de los hechos, en lugar de la judicial³², e incluso se ha creado una «Oficina para la okupación» para asesorar a los «okupas» sobre cuestiones legales³³.

Atendiendo a este contexto, la problemática de la ocupación de viviendas sin título habilitante debe analizarse desde una perspectiva holística, lo que abarca diversos derechos fundamentales y humanos: el derecho de propiedad privada (art. 33 CE), el derecho a la vivienda (art. 47 CE), la protección de la vida privada y familiar (art. 18.1 CE) y la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE). Este análisis permitirá dar respuesta a una serie de cuestiones de interés, como si la función social de la propiedad podría servir de base para justificar la ocupación sin título de viviendas secundarias o propiedad de personas jurídicas; si el derecho a la vida privada y familiar podría, por sí mismo, otorgar cierta estabilidad a aquellas familias que ocupan sin título una vivienda ante la falta de un alojamiento alternativo; si el derecho a la vivienda podría servir de base para que la «okupación» fuera una alternativa al acceso a una vivienda en detrimento del derecho de propiedad; si los ocupantes sin título podrían ser despojados de su derecho a la inviolabilidad del domicilio para acelerar el procedimiento civil; o si los diferentes tipos de ocupación deberían recibir un trato legislativo diferente.

El presente artículo explora algunas de estas cuestiones y tiene presente el tratamiento de la ocupación de viviendas sin título habilitante en el derecho comparado. Para ello se analiza brevemente en primer lugar la protección que el ordenamiento jurídico dispensa al propietario por la vía civil, penal y administrativa, en segundo lugar se contextualiza el derecho de propiedad privada, el derecho a la vivienda, la protección de la vida privada y familiar y la inviolabilidad del domicilio con la ocupación de viviendas sin título habilitante y, finalmente, se reflexiona sobre la forma de abordar este fenómeno.

II. LA PROTECCIÓN DEL PROPIETARIO ANTE LA OCUPACIÓN DE UNA VIVIENDA SIN TÍTULO HABILITANTE

1. A NIVEL CIVIL

La protección que ofrece el ordenamiento jurídico contra las ocupaciones de viviendas sin título habilitante se basa principalmente en las acciones procesales que derivan de la protección civil de la posesión (arts. 446 CC y 522-7.1 CCC), que no estaban específicamente destinadas a abordar la ocupación de viviendas sin título habilitante hasta la reforma de la LEC por la Ley 5/2018³⁴.

En efecto, el artículo 250.1.2 LEC prevé la posibilidad de instar una acción sumaria para recuperar la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca. La jurisprudencia ha ampliado

el concepto de precario a *«la utilización de lo ajeno faltando el título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndolo tenido se pierda»* para dar cabida a la ocupación por vía de hecho (SSAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2018³⁵ y de Madrid de 18 de abril de 2018³⁶ y STS de 28 de febrero de 2017³⁷), lo que fuerza la aplicación de esta acción a las situaciones de «okupación». Por otra parte, la recuperación de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute (art. 250.1.4 LEC) exige una desposesión previa (SAP de Ourense de 20 de noviembre de 2018³⁸), lo que no tendrá lugar si se ocupa sin título una vivienda que se encuentra vacía. Otra posibilidad al alcance del propietario es la acción que todos los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad tienen a su disposición para demandar la efectividad de su derecho frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio (arts. 250.1.7 LEC y 41 de la Ley hipotecaria). Este procedimiento es el más utilizado por los bancos y entidades inmobiliarias si no logran el desalojo de los ocupantes por la vía penal (IBARRA SÁNCHEZ, 2018) (ver sus notas características esenciales en las SSAP de Córdoba de 3 de octubre de 2018³⁹ y de Barcelona de 5 de julio de 2018⁴⁰). También cabe el ejercicio de la acción reivindicatoria por el propietario de la vivienda (arts. 348 CC y 544-1 CCC), que se ejercita por el juicio declarativo que corresponda y, por tanto, es una vía más lenta para la recuperación de la posesión de la vivienda.

Ante este panorama legislativo, la Ley 5/2018 introduce un proceso civil sumario con la finalidad de acelerar la recuperación de la posesión de la vivienda. La norma limita la legitimación activa a las personas físicas, las entidades sin ánimo de lucro y las entidades públicas, así como el objeto (debe tratarse de una vivienda), al tiempo que concede a los ocupantes (después del decreto de admisión de la demanda) cinco días para que aporten un título que justifique su posesión. En su ausencia, el tribunal ordenará mediante auto la inmediata entrega de la posesión de la vivienda al demandante y emitirá su ejecución sin necesidad del transcurso del plazo de 20 días al que alude el artículo 548 LEC. Además, la Ley 5/2018 permite al demandante dirigirse contra los ignorados ocupantes (lo que la jurisprudencia menor ya había admitido, SAP de Valencia de 15 de marzo de 2018⁴¹), que pueden ser difíciles de identificar en el caso de las «okupaciones». La necesidad de acortar los plazos para la recuperación de la posesión de la vivienda ocupada sin título es congruente con la protección del derecho de propiedad, y la fórmula ideada por la Ley 5/2018 ha sido respaldada por la STC 32/2019, de 28 febrero⁴² (que resuelve el recurso de constitucionalidad presentado contra dicha Ley), que ha reiterado la constitucionalidad de los procedimientos sumarios de recuperación de la posesión al quedar expedita la posibilidad de que se discuta sobre el fondo del asunto en un

procedimiento declarativo posterior, por lo que no se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE). Por lo tanto, el TC defiende que los ocupantes tendrían un plazo adecuado para justificar la posesión de la vivienda. Con todo, la doctrina⁴³ pone de manifiesto la potencial vulneración del derecho a la defensa de los demandados al existir en esta norma una legitimación pasiva difusa e indeterminada.

2. A NIVEL PENAL

En el ámbito penal, el artículo 245 Código penal prevé el delito de usurpación distinguiendo en función de si se ocupa un bien inmueble con violencia o sin ella y de si constituye o no la morada de otra persona. En el primer caso, la pena de prisión es de uno a tres años, mientras que en el segundo la pena es una multa de tres a seis meses. Por su parte, el artículo 202 Código penal regula el delito de allanamiento de morada, que se castiga con penas de prisión de seis meses a dos años.

La existencia de un delito de usurpación exige la concurrencia de determinados requisitos⁴⁴: a) Que el inmueble, vivienda o edificio ocupado esté en buen estado de conservación⁴⁵ y no constituya en ese momento morada de otra persona (en este caso tendríamos un delito de allanamiento de morada, art. 202 CP), que la ocupación se produzca sin violencia o intimidación y tenga lugar con cierta vocación de permanencia (quedan excluidas las ocupaciones temporales, transitorias u ocasionales como una estancia de una sola noche o pocos días⁴⁶ o la presencia ocasional en la vivienda por una visita a su ocupante⁴⁷); b) Que la ocupación carezca de título jurídico que legitime la posesión del inmueble (por ejemplo, que exista un contrato o una tolerancia por su propietario); c) Que conste la voluntad contraria a tolerar la ocupación por parte del titular del inmueble, voluntad que deberá ser expresa (no se demuestra dicho requisito en la SAP de Barcelona de 30 de abril de 2018⁴⁸); y d) Finalmente, que debe concurrir dolo en el autor que abarca el conocimiento de la ajenidad del inmueble y de la ausencia de autorización⁴⁹. El bien jurídico protegido por el tipo penal es la posesión⁵⁰.

La problemática del delito de usurpación, además de la necesidad de cumplir con los requisitos expuestos, es que ha pasado a considerarse un delito leve en el Código penal con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015⁵¹, por lo que no se tramita por el trámite de diligencias previas del procedimiento abreviado. Este hecho afecta a la posibilidad de exigir el desalojo inmediato como medida cautelar penal en base al artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim.) por su naturaleza de delito leve y porque no existe fase de instrucción, por lo que algunos tribunales

entienden que se debería esperar hasta la sentencia condenatoria⁵² (aunque en la práctica sí se ha concedido esta medida cautelar, por ejemplo en los Autos AP de Barcelona de 11 de junio de 2019⁵³ y AP de Cantabria de 16 de abril de 2015⁵⁴); a la tramitación del proceso, que se demora (por ejemplo, por la necesidad de identificar a los ocupantes, que deben personarse en el proceso con abogado y procurador); y a los problemas de la ejecución de la sentencia (que tiene lugar una vez se resuelve en apelación) (ARAGONÉS SEIJO, 2017, 795 y sigs.).

3. A NIVEL ADMINISTRATIVO

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁵⁵, califica como una sanción leve la ocupación de cualquier inmueble, vivienda o edificio ajenos, o la permanencia en ellos, contra la voluntad de su propietario, arrendatario o titular de otro derecho sobre el mismo, que se sanciona con una multa de 100 a 600 euros (art. 39.1) siempre que no sean constitutivas de infracción penal (art. 37.1.7). La aplicación de una u otra rama del derecho dependerá de la intensidad en la conducta, de la duración constatada de la ocupación y la vocación de permanencia con carácter habitacional (SAP de Madrid de 19 de junio de 2018⁵⁶).

A nivel municipal, el padrón municipal es el registro administrativo donde figuran todos los vecinos que viven o residen habitualmente en un municipio, de forma que sus datos son una prueba de su residencia en el mismo⁵⁷. Sin embargo, la posibilidad de que el Ayuntamiento solicite del vecino «el título que legitime la ocupación de la vivienda» (art. 59.2 2 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales⁵⁸) no le atribuye *«ninguna competencia para juzgar cuestiones de propiedad, de arrendamientos urbanos o, en general, de naturaleza jurídico-privada, sino que tiene por única finalidad servir de elemento de prueba para acreditar que, efectivamente, el vecino habita en el domicilio que ha indicado»* (SAP de Barcelona de 20 de abril de 2018⁵⁹). Por tanto, el Ayuntamiento no puede negarse a empadronar a los ocupantes de la vivienda, tengan o no título para ello, a diferencia de lo que sucede en Italia, donde los ocupantes sin título de una vivienda no pueden solicitarlo (lo que afecta al ejercicio de su derecho de voto, asistencia médica, etc.) y tampoco pueden tener acceso a los suministros de gas electricidad o agua⁶⁰. Ante los potenciales efectos perjudiciales de esta medida respecto a los más vulnerables, el *Decreto-legge* 14/2017, de 20 de febrero (*Legge* 48/2017)⁶¹, legitimó al alcalde a no aplicar esta disposición en caso de que la situación de ocupación desemboque en problemas de higiene y salud y estén involucrados menores u otras personas merecedoras de una protección especial.

Ello no quiere decir que la administración no pueda actuar en caso de ocupaciones de viviendas sin título (FEU, 2017, 5 y sigs.). Por ejemplo, el artículo 33 de la Ley de vivienda catalana 18/2007, de 28 de diciembre⁶², establece la posibilidad de intervenir las viviendas cuyo uso pueda conllevar un peligro para la seguridad o la salud de las personas y declararlas inhabitables. El incumplimiento de los protocolos de seguridad en la conexión a la red eléctrica (lo que tendrá lugar si los ocupantes se «enganchan» a la red pública) genera en este sentido un riesgo objetivo que permitiría adoptar medidas cautelares de desalojo. El artículo 38 de la Ley 18/2007 también establece la posibilidad de que la administración pueda obligar al propietario a la regularización del estado de la vivienda en mal estado de conservación. El cumplimiento de esta orden requerirá que el propietario desaloje previamente a los ocupantes de la vivienda y, en su ausencia, la administración podrá tomar medidas de carácter ejecutivo. Otras legislaciones autonómicas prevén normas similares que ofrecerían una vía a la Administración para actuar contra la ocupación sin título de viviendas (*cf.* art. 61 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de vivienda del País Vasco⁶³ y los arts. 189 y 182 de la Ley 5/2014, de 25 de julio, de ordenación del territorio, urbanismo y paisaje de la Comunidad Valenciana⁶⁴).

III. LA OCUPACIÓN DE VIVIENDAS SIN TÍTULO HABILITANTE Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y HUMANOS EN CONFLICTO

1. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO DE PROPIEDAD PRIVADA EN NUESTRO MARCO CONSTITUCIONAL Y PRIVADO

El derecho de propiedad privada ha simbolizado la libertad y el señorío sobre las cosas desde la revolución francesa, que bajo los postulados del liberalismo clásico de Locke⁶⁵ (para quien la propiedad se originaba en la ley natural y las personas tenían derecho a los productos de su trabajo, siendo el objetivo principal del estado proteger la vida, la salud, la libertad y las posesiones de los individuos), permitió que los ciudadanos tuvieran el derecho a decidir el uso y el destino de sus bienes en una sociedad que, desde entonces, pasó a ser individual y liberal (MONTÉS PENADÉS, 1980, 52-53). De esta manera, el ideal subyacente de la revolución francesa era que la emancipación del ciudadano del régimen feudal vigente hasta esa fecha solo podía lograrse, precisamente, mediante la emancipación del derecho de propiedad (BLAUFARB, 2016, 60 y sigs.). Así se constató primero en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789⁶⁶, que consideró la propiedad como un derecho inviolable y

sagrado, y posteriormente en el Código civil francés de 1804⁶⁷, que la configura como el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos (art. 544).

Esta concepción del derecho de propiedad ha sido uno de los pilares del éxito de las sociedades occidentales: la mayor prosperidad de unos países respecto a otros puede explicarse por diversas razones, pero la existencia de unas instituciones políticas y económicas inclusivas que protegen el derecho de propiedad ha tenido un papel relevante (ACEMOGLU y ROBINSON, 2012). De este modo, estas instituciones, a diferencia de las instituciones económicas que no protegen los derechos de propiedad y que tienden a utilizar los recursos comunes para beneficio personal, crean igualdad de oportunidades y fomentan no solo la inversión en nuevas tecnologías sino también la distribución del poder político de una manera más plural. En el mismo sentido, una protección sólida del derecho de propiedad privada es necesaria para lograr precios más eficientes a la hora de asignar recursos, lo que tiene un impacto en la creación de riqueza, y sería el único medio eficaz para que las sociedades usaran lo que poseen de la manera más eficiente posible para promover el crecimiento económico y la prosperidad. Una protección fuerte de los derechos de propiedad también afecta al sistema político adoptado: los sistemas donde esta protección es más intensa tienen democracias más saludables (O'DRISCOLL y HOSKINS, 2003, 8 y sigs.). Por estos motivos, la protección de la propiedad privada ha sido una de las piedras angulares de la prosperidad de los Estados europeos y se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE, art. 17)⁶⁸, en el Protocolo adicional de 1952 al Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950⁶⁹ y a nivel nacional en el artículo 33.1 CE.

Por otra parte, la propiedad inmobiliaria también ha evolucionado con el paso del tiempo. Así, el contexto económico sobre el que se construyó el modelo francés de propiedad ha cambiado radicalmente (PIKETTY, 2014, 117): los terrenos de naturaleza agrícola constituían la principal fuente de riqueza en Europa y en los Estados Unidos en los siglos XVIII y XIX, pero han sido reemplazados por la riqueza inmobiliaria y por el capital industrial y financiero desde mediados del siglo XX gracias a un proceso de financiarización de la propiedad inmobiliaria (ROLNIK, 2013, 1061 y sigs.). Este proceso ha generalizado el acceso a la vivienda en propiedad, cuyo carácter absoluto, temporal y unitario viene ahora modulado por la función social, que puede delimitar su contenido (la función social de la propiedad se recoge en el art. 33.2 CE y expresamente en el art. 541-1 CCC), así como por la doctrina del abuso del derecho (art. 7.1 CC).

La función social de la propiedad constituye un elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada, por lo que la Constitución española no configuraría esta función como algo externo o tangencial que no pudiese afectar a su naturaleza jurídica y a su condición de derecho subjetivo; al contrario, el derecho de propiedad llevaría aparejado una serie de facultades y, a su vez, una serie de deberes positivos y negativos que permitirían al legislador delimitar su contenido (PÉREZ LUÑO y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, 2006, 491 y sigs.).

2. EL DERECHO A UNA VIVIENDA DIGNA

A) En la Constitución española

El derecho a la vivienda es un principio programático en nuestra constitución (art. 47 CE), y, por tanto, su concreta protección depende de un desarrollo legislativo que otorgue derechos subjetivos a los ciudadanos. La CE no lo considera, pues, un derecho subjetivo a reclamar la provisión de una vivienda, con o sin título⁷⁰. De este modo, corresponde a las autoridades administrativas y sociales proveer los medios para satisfacer las necesidades habitacionales y de atención de los ciudadanos (SAP de Murcia de 17 de enero de 2018⁷¹).

B) En el ámbito internacional

El derecho a la vivienda está consagrado en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁷² y en el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC)⁷³, y su contenido se ha concretado una serie de elementos (seguridad en la tenencia, disponibilidad de servicios, gastos soportables, habitabilidad, asequibilidad, lugar y adecuación cultural) (CESCR, 1991, 3). Estas normas no imponen obligaciones de resultado a los Estados Parte ni otorgan derechos subjetivos a favor de los ciudadanos.

Con todo, el Dictamen del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), el encargado de supervisar la implementación de la Convención y que puede considerar comunicaciones individuales que aleguen violaciones de las mismas (Protocolo Facultativo de 1966⁷⁴), abordó específicamente el desalojo de una familia que había alquilado una vivienda de quien, en realidad, no tenía poder de disposición (aunque este hecho no quedó suficientemente probado) en el dictamen de 11 de octubre de 2019⁷⁵. El propietario real de la vivienda (una entidad financiera) inició el

procedimiento de desahucio y los ocupantes, que tuvieron que abandonarla finalmente y fueron condenados por un delito leve de usurpación, alegaron ante el CEDSC la vulneración del artículo 11 PIDESC. El CEDSC recuerda en su dictamen que la ausencia de título legal para ocupar una vivienda puede justificar un desalojo, pero este proceso debe realizarse conforme a las disposiciones del PIDESC, es decir, el tribunal debe llevar a cabo un análisis entre los beneficios de la medida en ese momento (en este caso, la protección del derecho de propiedad de la entidad titular del inmueble) y las consecuencias que esta medida podría tener sobre los derechos de las personas desalojadas (lo que no tuvo lugar en este caso). En este sentido, el CDESC propone como aspectos a valorar si la persona ocupaba la vivienda de buena fe o no, las circunstancias personales de los ocupantes y sus dependientes, y si cooperaron con las autoridades en la búsqueda de soluciones adaptadas a ellos. Además, el CDESC también establece una distinción en función de la necesidad del propietario de recuperar la posesión de la propiedad. De este modo, *«será inevitable distinguir entre las propiedades de individuos que requieren la propiedad como vivienda o para que les brinde su renta vital, y propiedades de entidades financieras, como es el caso actual»*. La vulneración del PIDESC también tuvo lugar en este caso por rechazar el Estado el acceso a una vivienda social a las familias por no tener un título habilitante sobre la vivienda, y por ofrecer un alojamiento alternativo (albergues) que no podía considerarse una vivienda digna y adecuada dado que no aportaba seguridad jurídica en la tenencia. El CDESC también consideró en el caso *M.B.D. and others v. Spain* (2017)⁷⁶ que España había violado el derecho de los ocupantes de una vivienda (que fueron desalojados por orden judicial por expiración del plazo contractual del contrato de alquiler) dado que no dispusieron de un alojamiento alternativo, así como en el caso *Hakima El Goumari y Ahmed Tidli v. Spain* (2021)⁷⁷.

Una cuestión relevante, pues, es el carácter vinculante de los dictámenes del CDESC. La doctrina (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 594 y sigs.) compara esta situación con la prevista en la STS de 17 de julio de 2018⁷⁸, en la que se discutía la naturaleza de los informes emitidos por el Comité de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que puede emitir informes, también, en base a un protocolo facultativo. Este Comité consideró que se habían infringido los derechos de las demandantes y contenía algunas recomendaciones generales, entre ellas la necesaria reparación adecuada de la autora. El Tribunal Supremo afirma que no puede dudarse del carácter vinculante y obligatorio de los dictámenes para el Estado parte que reconoce la Convención, y admite la posibilidad de que el dictamen pueda, por sí mismo, servir de base para formular frente al Estado una reclamación de responsabilidad patrimonial. Aunque solo se centra en este aspecto patrimonial, su argumentación (es

decir, el carácter vinculante del dictamen) también podría extenderse al resto de recomendaciones. Con todo, la STS de 12 de febrero de 2020 (Sala especial del art. 61 de la LOPJ)⁷⁹ estableció con ocasión de un recurso de revisión que «no procede equiparar las sentencias del TEDH con las recomendaciones o dictámenes de los distintos Comités de las variadas organizaciones internacionales que se pronuncian sobre el cumplimiento de las obligaciones asumidas por España en materia de derechos humanos». La cuestión sobre su carácter vinculante, sobre la que no habla la sentencia, sigue, pues, abierta.

C) *En el ámbito europeo*

Por una parte, la CDFUE reconoce el derecho a la vida privada y familiar (art. 7), que incluye dentro de su contenido el derecho a la vivienda gracias a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2014⁸⁰, si bien su aplicación depende de la existencia de una relación jurídica regida por el derecho comunitario, por ejemplo una relación de consumo. En el caso de la ocupación sin título de viviendas, dicho título no existe, por lo que la potencial influencia de la CDFUE es limitada.

Por su parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (CEDH) prevé en su artículo 8.1 que «*Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*», y ninguna injerencia en este derecho podrá tener lugar a no ser que esté prevista por la ley y sea necesaria en una sociedad democrática⁸¹. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) mantuvo en el caso *McCann v UK* (2008)⁸² que la pérdida de la vivienda es la forma más extrema de interferencia en los derechos que contempla el artículo 8.1 CEDH y, en consecuencia, que cualquier persona que pudiera sufrir una injerencia de esta magnitud debería en principio tener derecho a que un tribunal independiente decidiese la proporcionalidad de la medida, y ello con independencia de que se hubiera extinguido su título de ocupación. En el caso enjuiciado, los ocupantes de la vivienda habían concertado en su momento un arrendamiento con la Administración. También existía una posesión legítima previa en las SSTEDH de 21 de noviembre de 2017⁸³ y de 15 de mayo de 2018⁸⁴, en las que el TEDH consideró que se había violado el artículo 8.1 CEDH ya que no se tuvo en consideración que era el único domicilio de los ocupantes, quienes además tenían dificultades para encontrar un alojamiento alternativo.

En cuanto a las ocupaciones sin título habilitante, en los casos *Yordanova and Others v. Bulgaria* (2012) y *Winterstein v. France* (2013)⁸⁵ el TEDH tuvo en consideración la tolerancia previa de la situación por parte de la

Administración, la existencia de otros medios para solucionar el problema, la concurrencia de alguna urgencia y si existía o no una comunidad o grupo social vulnerable implicado, en este caso se trataba de una comunidad vulnerable (Roma), para entender violado el artículo 8 CEDH, el cual, en casos excepcionales, puede originar la obligación de proveer de un alojamiento en caso de grupos vulnerables. Y en algún caso aislado⁸⁶, el TEDH ha paralizado el desahucio de unos ocupantes sin título de un edificio propiedad de una entidad privada hasta que los poderes públicos no facilitaron un alojamiento alternativo.

Esta doctrina ha servido para defender que el TEDH requiere de forma general que los ocupantes, con o sin título y pertenezcan o no a un grupo vulnerable, puedan, desde un punto de vista procesal, que se tenga en cuenta (si así lo alegan) la proporcionalidad de la injerencia en su vida privada y familiar (SOLANES MULLOR, 2017, 226 y sigs.)⁸⁷. Además del aspecto procesal, el TEDH exige considerar el riesgo de caer en una situación de sinhogarismo y las posibilidades de realojo de los ocupantes. Con todo, no debe olvidarse que el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales prevé que «*toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes*». El TEDH ha recordado que el Estado debe implementar medidas positivas de protección del derecho de propiedad. Así, la STEDH de 13 de diciembre de 2018⁸⁸ estimó la violación tanto del artículo 1 Protocolo 1 CEDH como del artículo 6.1 CEDH (que regula el derecho a un proceso equitativo) ya que las autoridades nacionales, después de un periodo razonable de tiempo buscando una solución satisfactoria, no habían tomado las medidas necesarias (durante más de cinco años) para cumplir con la sentencia que ordenaba el desahucio de los ocupantes.

D) La protección del derecho a la vivienda en base a otros derechos fundamentales

Finalmente, también puede plantearse la aplicación directa de otros derechos fundamentales que pueden reforzar, indirectamente, el derecho a la vivienda. Por ejemplo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia Núm. 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013⁸⁹ suspendió el desalojo (instado por la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid) de un inquilino con tres hijos menores a su cargo en base a la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989⁹⁰ y la relación entre el derecho a la vivienda y otros derechos constitucionales consagrados en la CE, como la privacidad personal y familiar (art. 18.2), la libertad de residencia (art. 19), el derecho a la educación (art. 27) y el derecho a la salud (art. 45).

En el mismo sentido, la STS de 23 de noviembre de 2017⁹¹ dictaminó que no es compatible con la protección legal de los derechos e intereses de los menores, tal y como se reconoce en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, sobre la Protección Legal de Menores⁹², y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en relación con las garantías establecidas en los artículos 18.2 y 24 CE, la resolución del tribunal administrativo-contencioso de Madrid que autorizó a la autoridad municipal a entrar en el domicilio de alguien que había ocupado sin título viviendas sociales si la resolución no estaba lo suficientemente justificada, en la medida en que se requiere que el juez tenga en cuenta la situación social y familiar de los menores que puedan verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo. La decisión del Tribunal Supremo obligó al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Madrid a tomar en consideración estos elementos antes de autorizar a la autoridad municipal a ingresar en la vivienda. La misma doctrina del Tribunal Supremo se utiliza en la STS de 23 de noviembre de 2020⁹³, que si bien entiende que no es posible que el juez pueda *«imponer a la Administración la obligación de adoptar una determinada solución habitacional para las personas desalojadas como condición determinante para autorizar la entrada en el domicilio»*, confirma la ponderación de los intereses afectados realizada por la primera instancia, imponiendo el Tribunal Supremo (y no aconsejando como el tribunal de instancia) que el desalojo se lleve a cabo una vez terminado el curso escolar. De este modo, concluye el Tribunal Supremo que el juez *«no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo»*, pero sí está legitimado para *«modular las circunstancias —materiales y temporales— en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio»*. A nivel doctrinal (BENITO SÁNCHEZ, 2019, 14 y sigs.)⁹⁴ se ha defendido la potencial aplicación de esta doctrina a otros procedimientos de naturaleza civil o penal, incluido el procedimiento introducido por la Ley 5/2018.

3. EL DERECHO A LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO

El artículo 18.2 CE prevé que *«el domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito»*. El fundamento de este artículo es la protección de la intimidad de la persona (art. 18.1 CE), y la enumeración de estas excepciones tiene un carácter taxativo.

En cuanto al objeto, el TC ha adoptado una noción amplia del concepto de domicilio civil (art. 40 CC) o del concepto de vivienda previsto en las normativas autonómicas de vivienda, vinculado básicamente al espacio físico, que es aquel en el que *«los individuos, libres de toda sujeción a los*

usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que en él hay de emanación de la persona y de su esfera privada» (SSTC 10/2002, de 17 de enero y 171/1999, de 27 de septiembre⁹⁵). Por ejemplo, las infraviviendas, las tiendas de campaña o las caravanas se han considerado como domicilio a efectos de su protección constitucional (STS de 23 de septiembre de 1997⁹⁶). De esta manera, para la protección del derecho a la inviolabilidad del domicilio deviene irrelevante su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo y, en especial, la existencia de un título jurídico que legitime su uso, por lo que los ocupantes de un domicilio como precaristas u «okupas» también gozarían de la protección dispensada por el artículo 18.2 CE (SALAMERO TEIXIDÓ, 2014, 74).

Es por ello que la noción de domicilio en la CE puede imponer límites al legislador a la hora de implementar medidas para luchar contra la ocupación de viviendas sin título. Básicamente, la orden judicial (SALAMERO TEIXIDÓ, 2014, 386 y sigs.) debe consistir en una resolución motivada que debe incluir un contenido mínimo, y lo será si a través de ella *«puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible»* (STC 139/2004, de 13 de septiembre⁹⁷). Precisamente, la intervención judicial en el proceso implementado por la Ley 5/2018 es clave para su constitucionalidad (STC 32/2019, de 28 febrero). Para que este requisito se cumpla, es relevante la celebración de un trámite para dar cumplimiento al derecho a la tutela judicial efectiva⁹⁸.

En el caso de delito flagrante (art. 795.1.1 LECrim.), en cuyo caso los agentes policiales actúan conforme señala el artículo 553 LECrim., el legislador tiene margen para regular los casos en los que concurre, si bien deberá respetar su contenido esencial, que se concreta en la CE en la necesidad de una evidencia delito y de una urgencia de la intervención policial, es decir, se atiende a una situación fáctica en la que el delincuente es «sorprendido» en el momento de delinquir (STC 34/1993, de 18 de noviembre⁹⁹), lo que también se refleja en el artículo 791.1. LECrim (*«se considerará delito flagrante el que se estuviere cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto»*).

IV. ALGUNAS REFLEXIONES

En las líneas anteriores se ha analizado la protección del derecho de propiedad desde una perspectiva penal, procesal, administrativa y constitucio-

nal, y se ha puesto en relación con otros derechos humanos y fundamentales como la vida privada y familiar, el derecho a la vivienda y el derecho a la inviolabilidad del domicilio. La «okupación» es un fracaso de las políticas públicas que podría abordarse con un desarrollo adecuado de los preceptos constitucionales. De este modo, algunas reflexiones son las siguientes.

1. LA EFICACIA DEL PROCEDIMIENTO CIVIL

La primera reflexión es que la recuperación de la posesión de la vivienda por parte de su propietario debería tener lugar en el plazo de tiempo más breve posible. No puede ser de otra forma si se quiere garantizar el derecho de propiedad del artículo 33 CE y que ello no acabe afectando a la calidad democrática de la sociedad. De hecho, el TEDH ha defendido la necesidad de que los procedimientos no se dilaten en el tiempo, lo que también ha tenido reflejo en otros ordenamientos de nuestro entorno más inmediato. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo italiano (Corte de *Cassazione*) de 4 de octubre de 2018¹⁰⁰ condena al Estado italiano a indemnizar a los propietarios de 50 apartamentos ocupados, cuya posesión no habían podido recuperar por la inacción de las autoridades durante seis años. Ello supone una evolución de la jurisprudencia italiana que, como luego se pondrá de manifiesto, había sido bastante indulgente con los ocupantes de una vivienda sin título habilitante. Sin embargo, la necesaria protección del derecho de propiedad no tiene por qué abocar a los ocupantes a empeorar su situación de sinhogarismo. Es aquí donde los poderes públicos y las entidades del tercer sector tienen un papel relevante (*vid. infra*).

El legislador español ha intentado agilizar el procedimiento posesorio con la Ley 5/2018, pero es discutible la exclusión de las personas jurídicas, como las entidades bancarias o sociedades inmobiliarias, si se tiene en cuenta, como ya se ha dicho, que según las estimaciones el 80% de las viviendas ocupadas sin título en España pertenecen a las primeras. La Ley 5/2018 no justifica por qué merece su derecho de propiedad una menor protección¹⁰¹, si bien es congruente con el progresivo reconocimiento a nivel legislativo y jurisprudencial de que la vivienda es un bien inmueble susceptible de ser objeto de un régimen especial (NASARRE AZNAR, 2020, 476). En efecto, en el ámbito de las «okupaciones» así sucede en el ámbito penal (la residencia habitual de la persona se protege con el delito de allanamiento de morada, *vid. infra*) y administrativo (con normas, como el Decreto Ley catalán 17/2019, que protegen los intereses de los ocupantes de viviendas sin título habilitante).

De este modo, las personas jurídicas se ven forzadas a acudir a los procesos penales y civiles disponibles ya reseñados, que la propia norma

considera insuficientes (JIMÉNEZ PARÍS, 2018). De hecho, la jurisprudencia menor entiende que la promulgación de la Ley 5/2018 supone que «el legislador [...] ha optado por limitar la aplicación del delito leve de usurpación, que debe quedar para proteger el bien jurídico cuando esa acción civil no proporciona la tutela y protección adecuadas» (SAP de Barcelona de 25 de junio de 2020¹⁰²). La legitimación activa que prevé la Ley 5/2018 también ha sido objeto de crítica ya que no distingue si la persona física propietaria de la vivienda la usa o no con un fin social, económico o especulativo, lo que daría lugar a una inconsistencia con su pretendida función social (aunque se plantean dudas respecto al objeto, parece que deberían incluirse las primeras o segundas residencias —viviendas temporales o de vacaciones—, así como las viviendas que estén completamente deshabitadas o que se alquilen con fines turísticos, BASTANTE GRANELL, 2018). Desde nuestro punto de vista, la ley debería proteger de igual manera el derecho de propiedad de toda persona, física o jurídica, con independencia del uso de la vivienda sobre la base de la protección constitucional del artículo 33 CE (*vid. infra*).

Tampoco incluye la Ley 5/2018 a las comunidades de propietarios, que son las que mayoritariamente sufren los efectos perjudiciales de las ocupaciones de viviendas sin título habilitante. El ejercicio de acciones posesorias por parte de la comunidad de propietarios no está prevista en la norma¹⁰³ y, por tanto, deben interponer una acción de cesación (art. 553-40.1 CCC y art. 7 Ley estatal de propiedad horizontal 49/1960¹⁰⁴) si las actividades de los propietarios y ocupantes del bien inmueble son contrarias a la convivencia o dañen el bien inmueble, con la posibilidad de adoptar medidas cautelares y de privar del uso y disfrute al propietario por un periodo máximo de dos o tres años o a extinguir el contrato de arrendamiento o cualquier otro que atribuya a los ocupantes el derecho a poseerlo. En este sentido, la referencia del texto legal a los «ocupantes» permitiría incluir a los ocupantes sin título del bien inmueble, quienes podrían ser desalojados como medida cautelar si así lo demanda la comunidad. Con todo, es un proceso que puede demorarse hasta varios años¹⁰⁵ y que podría resultar ya ineficaz ante un posible abandono de la vivienda por su ocupante.

Una solución podría ser que la comunidad de propietarios tuviera legitimación activa para pedir medidas cautelares con el fin de expulsar a los ocupantes de la vivienda *ex* artículo 13 LEcrim. (MAGRO SERVET, 2017), aunque la adopción de estas medidas no está exenta, en general, de problemas prácticos (*vid. infra*). Por su parte, las Proposiciones de Ley Orgánica presentadas en el Congreso de los Diputados el 17 de julio de 2020¹⁰⁶ y el 31 de enero de 2019¹⁰⁷, siguiendo la estela de la presentada el 20 de marzo de 2018¹⁰⁸, incluían expresamente la ocupación de viviendas sin título habilitante en el marco de la acción de cesación del artículo 7.2

LPH. Sin embargo, las medidas propuestas no van encaminadas a agilizar el proceso (más allá de que no sea preceptivo el apercibimiento previo a los ocupantes de la vivienda por parte del presidente de la comunidad), por lo que la inclusión de las comunidades como sujetos activos en la Ley 5/2018 sería la vía más eficaz para la defensa de sus intereses, siempre que tenga lugar la inacción del propietario del elemento privativo que se integra en la comunidad de propietarios.

Por otra parte, dos años de vigencia de la Ley 5/2018 han demostrado que no siempre ha conseguido agilizar el proceso. La doctrina (FUENTES-LOJO RIUS, 2018) ha identificado algunos problemas prácticos, como la necesidad de que los ocupantes cuenten o no con abogado y procurador a la hora de contestar a la demanda, la aplicabilidad del artículo 704.1 LEC (que prevé la posibilidad de que se prorrogue un mes el plazo de desalojo de la vivienda habitual si el letrado de la Administración de Justicia tiene motivos fundados para ello) o las consecuencias del auto de inadmisión de la demanda ante una insuficiencia probatoria en cuanto al título del actor (por ejemplo, si sigue o no el proceso por la vía verbal), así como el hecho que los ocupantes aportan en la práctica un contrato de alquiler (aunque sea simulado) con la única voluntad de dilatar o bloquear este procedimiento sumario¹⁰⁹. Pero el problema más estructural es la ausencia crónica de medios materiales y humanos de la administración de justicia, lo que aboca al fracaso la interposición de la acción posesoria, cuya rapidez queda a expensas del juzgado que conozca del asunto.

Desde el punto de vista del derecho comparado, el legislador español ha seguido con la Ley 5/2018 la estela de otros países europeos. Así, en Francia (ver sobre la evolución de la normativa LEBORGNE y BRENNER, 2019) el desalojo de los ocupantes sin título de la vivienda solo podía producirse por la policía en caso de flagrante delito (es decir, aquel delito que se está cometiendo actualmente o que acaba de cometerse, artículo 53 del *Code de procédure pénale*). En su ausencia, el desahucio de estas personas debía tener lugar ordinariamente en virtud de una decisión judicial o después de un acuerdo de conciliación (art. L411-1 del *Code des procédures civiles d'exécution*¹¹⁰), a pesar de la existencia desde 2007 de un procedimiento administrativo de desahucio poco utilizado. El Código penal francés se reformó en 2015 (*Loi* 2015-714, de 24 de junio) para incluir los supuestos de «okupación» como un delito más —asimilable a nuestro allanamiento de morada— (art. L226-4), legitimando a los agentes de la autoridad a intervenir al pasar a considerarse un delito continuado. El uso del término «*domicile*» daba a entender que no cabía aplicar la situación de delito flagrante a las viviendas que no constituían la morada de sus habitantes (en este sentido, la jurisprudencia había considerado que un edificio desocupado no podía ser considerado una vivienda¹¹¹).

El legislador francés agilizó el procedimiento de desahucio con el artículo 201 de la *Loi 2018-1021*, de 23 de noviembre, *portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique* (ELAN). La reforma establece que no debe esperarse el plazo mínimo de dos meses fijado legalmente para llevar a cabo el desalojo en el caso de viviendas ocupadas por vía de hecho (es decir, por la fuerza) y sin título habilitante, lo que no incluía a las segundas residencias. Además, los ocupantes que han accedido a una vivienda (sea primera o segunda residencia) no gozan de la prohibición de desalojar en los meses de invierno (diciembre a marzo), si bien en el caso de segundas residencias es el juez quien tiene la última palabra (art. L-412-6).

Finalmente, la *Loi 2020-1525*, de 7 de diciembre, *d'accélération et de simplification de l'action publique* (ASAP), modifica el artículo 38 de la *Loi 2007-290*, de 5 de marzo (DALO). Este precepto ya preveía un procedimiento administrativo específico en el caso de entrada y mantenimiento en la vivienda de otras personas mediante amenazas, asalto o coacción, en cuyo caso el propietario podía solicitar al prefecto que, en un plazo de 48 horas, expulsase al ocupante para que la abandonase sin apelar primero al juez. La *Loi 2020-1525* incluye como novedad a las segundas residencias (no a las viviendas vacías) y amplía la legitimación activa a la persona cuya vivienda se encuentre «okupada», de manera que también pueden beneficiarse de este procedimiento, por ejemplo, los inquilinos. La intervención del prefecto solo es posible si el solicitante, después de haber presentado la denuncia, acredita que el alojamiento es su domicilio y tiene la ocupación sin título constatada por un agente de la policía judicial. Cuando la notificación formal de desalojo no se ha cumplido dentro del plazo de 24 horas, el prefecto debe proceder al desalojo forzoso de la vivienda¹¹². Esta Ley también incrementaba las penas de prisión, aunque el TC francés (Sentencia de 3 de diciembre de 2020¹¹³) declaró este artículo inconstitucional porque esta disposición no guardaba relación con el propósito del texto inicial.

Por su parte, en Inglaterra y Gales (WILSON, 2017, 4 y sigs.) las acciones civiles para recuperar la posesión también pueden ejercitarse contra los ocupantes sin título de bienes inmuebles (no es posible ejercitarla contra quienes han accedido de manera legal a la posesión de la vivienda). La legislación procesal¹¹⁴ prevé un procedimiento sumario de recuperación de la posesión sin que sea necesario identificar a los ocupantes, que disponen de un periodo de cinco días hasta la celebración de la vista para probar su derecho. Si no consiguen probarlo (lo que suele suceder en la práctica), el juzgado ordenará el desalojo en el plazo ordinario de 14 días. En los casos de viviendas residenciales «okupadas» o en previsión de que lo estén, los ocupantes pueden ser culpables de un delito en virtud de la *Section 7* de la *Criminal Law*¹¹⁵ si no las abandonan una vez requeridos

para ello. Ante esta situación, la policía está legitimada, si es necesario, para arrestarlos.

Finalmente, Italia se encuentra en una situación similar a la española antes de la promulgación de la Ley 5/2018: existen acciones basadas en el derecho de propiedad para recuperar la posesión (art. 948 del *Codice Civile* 1942¹¹⁶), así como acciones posesorias, en las que se puede intentar obtener del juez una medida urgente e inmediata para la recuperación de la posesión del bien (art. 1168 *Codice*).

Por lo tanto, la Ley 5/2018 está en línea de otras legislaciones, como la inglesa, que intentan proteger los derechos de los propietarios frente a las ocupaciones sin título habilitante mediante un procedimiento sumario. Un paso más allá ha ido Francia, que ha implementado un proceso administrativo de carácter expeditivo que podría servir de guía al legislador español y que, de hecho, ya se proponía en la Proposiciones de Ley Orgánica de 17 de julio de 2020 y de 31 de enero de 2019, que sugerían que el ocupante sin título de una cosa inmueble no gozase de la protección de morada o domicilio frente a la actuación de la autoridad pública o sus agentes, es decir, que en la práctica no fuera necesaria una autorización judicial. El ocupante del bien inmueble, una vez requerido para su desalojo, debía acreditar en un plazo máximo e improrrogable de 12 o 24 horas el título jurídico que le autorizase o le atribuyese la posesión del bien o, en su caso, la tolerancia o liberalidad del propietario o poseedor real. Si no podía acreditar estos hechos, se procedería al lanzamiento inmediato, sin perjuicio de su derecho a ejercer las acciones legales que procedan para acreditar título suficiente para la posesión o propiedad de la cosa inmueble. En un sentido similar, la Proposición de Ley de 20 de marzo de 2018 preveía que en los juicios verbales promovidos en base a una nueva acción posesoria para la recuperación de la posesión de las viviendas por haber sido desposeído de ella sin su consentimiento que el Tribunal acordase por Auto, de forma simultánea con el traslado de la demanda para su contestación, la entrega de la posesión inmediata al demandante que así lo solicitare y aportare título que acredite el derecho a poseer la vivienda o parte de ella, sin exigir caución ni concurrencia de peligro por la mora procesal. La propuesta permitía a los ocupantes oponerse al Auto en el plazo de 10 días, sin que ello suspendiera la efectividad de la medida.

De este modo, el procedimiento francés podría ser una vía para dar una respuesta adecuada cuando se produce la «okupación» de una primera o segunda residencia, que permitiría superar las dificultades que existen en la actualidad (*vid. infra*). Con todo, nótese que la normativa francesa no se aplica a las viviendas vacías y, por tanto, que una aplicación en nuestro ordenamiento del procedimiento francés a esta clase de viviendas plantearía serias dudas de constitucionalidad si no existe un delito flagrante (por la potencial violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio de los ocu-

pantes). Por este motivo, difícilmente puede acelerarse más el procedimiento civil previsto en la Ley 5/2018 sin lesionarse los derechos fundamentales de los ocupantes de la vivienda. Desde la perspectiva civil, pues, lo necesario es que la Administración de Justicia funcione como es debido para que se respeten los plazos previstos en la Ley 5/2018, al tiempo que el legislador debería revisar aspectos del procedimiento atendiendo a la aplicación práctica de la ley (por ejemplo, la aportación por los ocupantes de títulos simulados). La perspectiva penal se analiza a continuación.

2. LA VÍA PENAL Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Por un lado, la relevancia del derecho de propiedad exige que el delito de usurpación deba continuar aplicándose con base al principio de legalidad, de manera que si concurren los elementos objetivos y subjetivos del tipo, el Derecho penal debe actuar con independencia de la existencia de otros cauces legales (SAP de Madrid de 19 junio de 2018¹¹⁷), sean civiles o administrativos (SAP de Madrid de 19 de junio de 2020¹¹⁸), y sin que el no uso de una vivienda pueda ser un motivo para excluir a las personas jurídicas propietarias de vivienda de la protección penal, abocándolas necesariamente a la vía civil. Así lo ha hecho la jurisprudencia menor al defender que si el propietario de la vivienda no goza y disfruta efectivamente del bien, en ese caso no cabe la aplicación del Derecho penal por el principio de intervención mínima (SAP de Toledo de 10 de junio de 2020¹¹⁹), quedando expedita la vía civil (SAP de Barcelona 3 de febrero de 2020¹²⁰). En un sentido similar, se ha defendido que no cabe la aplicación del artículo 245.2 Código penal en «*los supuestos de largos periodos de abandono o desinterés por parte de su titular*» (SAP de Islas Baleares de 22 de abril de 2020¹²¹).

El Código penal ya ofrece un marco para atender las circunstancias personales de sus ocupantes: la alegación de un estado de necesidad (art. 20.5 CP), que exige la existencia de un peligro inminente y grave y cuya existencia, no obstante, no suele admitirse¹²². Así, en el caso de la SAP de Madrid de 23 de abril de 2018¹²³ quedó acreditado que los ocupantes no se habían interesado por los servicios sociales disponibles, por lo que no habían agotado todos los medios lícitos a su alcance para intentar solucionar el conflicto antes de proceder de manera antijurídica (lo que exige la STS de 19 de junio de 2008¹²⁴). Lo mismo se ha mantenido respecto a la alegación de haber sido víctima de violencia de género, al existir medios para reconocer el derecho de las víctimas a nivel autonómico y municipal (SAP de Madrid de 14 de junio de 2018¹²⁵). Con todo, las circunstancias personales, familiares y económicas de los ocupantes sí se han tenido en consideración para imponer la pena mínima de multa prevista en el artículo 245.2 Código penal (SSAP de

Madrid de 24 de julio de 2020¹²⁶ y de Madrid de 3 de noviembre de 2017¹²⁷) y han permitido aplicar la eximente en algún caso (SAP de Madrid de 19 de noviembre de 2018¹²⁸), pero no en otros¹²⁹. Los ocupantes no pueden, por tanto, basarse en la situación de necesidad para conculcar el derecho a la propiedad si no se han agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente.

Esta aproximación de la jurisprudencia menor contrasta con la seguida por los tribunales italianos hasta fechas recientes, que, con base en el artículo 54 del Código penal italiano, han venido aplicado la eximente del estado de necesidad para proteger los intereses de los ocupantes sin título de una vivienda, llegando, por tanto, a mostrar una predisposición al activismo judicial en detrimento de la seguridad jurídica (PORTONERA, 2019, 5). La postura de los tribunales inferiores italianos constituye lo que se ha denominado como «Robinprudencia», de forma que los jueces juzgan de acuerdo a la equidad y no al derecho o aplican de manera preferente los derechos humanos al Derecho civil (NASARRE AZNAR, 2015). Sin embargo, el Tribunal Supremo italiano¹³⁰ ha precisado que la aplicación del estado de necesidad solo es posible en caso de un peligro inminente de daño grave a la persona, sin que un caso de dificultad económica permanente pueda convertirse *per se* en una solución subrepticia de las necesidades de vivienda del ocupante y su familia.

Casos similares de «Robinprudencia» también se han dado en nuestro país. Así, la SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2018¹³¹ admite la existencia de una situación de necesidad de los ocupantes (que habían reclamado un alquiler social tanto al propietario como una alternativa habitacional a la Administración) y la eximente completa del artículo 20.5 Código penal, de modo que el bien jurídico del desarrollo integral de los menores, la necesaria protección a las personas con discapacidad, la necesaria protección a la familia y el derecho a una vivienda digna debe prevalecer sobre el bien jurídico protegido por el artículo 245.2 Código penal.

Por otra parte, se ha propuesto tanto un aumento de la pena como una despenalización del delito para abordar la ocupación de viviendas sin título habilitante.

En el primer caso, algunas Proposiciones de Ley presentadas en el Congreso de los Diputados han buscado incrementar las penas en los casos del delito de usurpación teniendo en cuenta, además, el hecho de que tenga lugar por un grupo organizado, lo que también se ha propuesto de *lege ferenda* a nivel doctrinal dada la importancia de los bienes jurídicos que se buscan proteger¹³². Así ha tenido lugar en el *Codice Penale* italiano de 1930¹³³, que contempla el delito de invasión de terrenos o edificios (art. 633). Este delito estaba penado con penas de prisión de hasta dos años o con una multa de 103 a 1200 euros antes de la reforma del Código penal por Ley de 1 de diciembre 2018 (decreto

«Salvini»¹³⁴), que eleva la pena de prisión de uno a tres años y la multa mínima de 103 a 1032 euros. La pena de prisión se agrava de dos a cuatro años y la multa de 206 a 2064 euros si el delito se comete por más de cinco personas o si el delito es cometido por una persona claramente armada. A pesar de ello, no parece que la reforma esté siendo muy efectiva en la práctica¹³⁵. Y en Holanda¹³⁶, la *Squatting and Vacant Property Act* de 1981 solo consideraba punible la ocupación de inmuebles cuando estos habían estado deshabitados por menos de seis meses (luego se extendió el plazo a un año), pero la reforma de 2010 (*Kraken en Leegstand*) consideró la ocupación de inmuebles sin título habilitante como un delito que podría llegar hasta el año de prisión.

Con todo, un aumento de la pena no tiene por qué traducirse en menos «okupaciones» si estas tienen lugar, como ya se ha comentado, por familias en situación de necesidad, que continuarán ocupando una vivienda sin título si no encuentran una alternativa habitacional por otra vía. Por tanto, no es una medida ni disuasoria ni estructural (sobre ello, *vid. infra*) que ayude a solucionar esta problemática. El incremento de la pena sí que podría tener un carácter disuasorio en aquellas «okupaciones» que persigan finalidades criminales, aunque se han identificado una serie de dificultades en la aplicación del delito de organización criminal¹³⁷.

Sea como fuere, la regulación expresa de una medida cautelar permitiría dar una respuesta eficaz y otorgar seguridad jurídica al propietario¹³⁸ quien, más allá de la potencial sanción penal ocupante, busca principalmente la recuperación de la posesión de la vivienda. En este sentido, la Fiscalía General del Estado proponía en 2017 la introducción de «*la posibilidad de acordar como medida cautelar el reintegro en la posesión con carácter provisional a los legítimos titulares de los bienes muebles o inmuebles sustraídos o usurpados*»¹³⁹ para una mayor efectividad de este delito de usurpación, dado que si bien sería posible adoptarla sobre la base del artículo 13 LECrim., ya se ha visto que no sucede siempre en la práctica por la ausencia de una previsión legal (a favor de esta medida cautelar, JIMÉNEZ PARÍS, 2018). Esta problemática se ha intentado solucionar con la Instrucción de la Fiscalía General de Estado 1/2020, de 15 de septiembre, sobre criterios de actuación para la solicitud de medidas cautelares en los delitos de allanamiento de morada y usurpación de bienes inmuebles¹⁴⁰, la cual, de nuevo, facilita la aplicación de la medida cautelar (de la que se hace eco, por ejemplo, la SAP de Valencia de 2 de octubre de 2020¹⁴¹) si el sujeto pasivo es una persona física o persona jurídica de naturaleza pública (en este caso, basta que se lesione el *ius possidendi* o derecho a poseer el inmueble y pueda producir una grave quiebra del *ius possessionis* —tenencia material y concreta sobre el bien—), pero exige la constatación de un efectivo riesgo de quebranto relevante para los bienes jurídicos de las personas jurídicas. La Instrucción 6/2020, de 17 de septiembre de 2020, de la Secretaría de Estado de Segu-

ridad por la que se establece el protocolo de actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado ante la Ocupación Ilegal de Inmuebles¹⁴², constata en el caso de ocupación de inmuebles que no constituyan morada de la víctima que *«la falta de constatación de la comisión del delito (de manera flagrante) supone la imposibilidad de acceder o desalojar el inmueble en cuestión, salvo que se disponga de una previa autorización judicial que así lo acuerde»*. Por tanto, la adopción de una medida cautelar cuando la ocupación afecta a viviendas vacías titularidad de personas jurídicas sigue presentando problemas prácticos.

La posibilidad de exigir una medida cautelar se contempla en otros ordenamientos jurídicos. Así, en Inglaterra y Gales (WILSON, 2017) la ocupación de inmuebles residenciales sin título se considera un delito desde la aprobación de la *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act* de 2012¹⁴³ y está penada con penas de prisión de hasta 51 semanas o una multa que no exceda el nivel 5 en la escala estándar (o ambas). La *Criminal Justice and Public Order Act* 1994¹⁴⁴ regula una orden provisional de posesión (*interim possession order*) que puede reclamarse por el propietario dentro de los 28 días siguientes al conocimiento de la ocupación y en la que se da la oportunidad a los ocupantes de defenderse. Si se acepta esta medida cautelar, se comunica a los ocupantes en 48 horas, que disponen de 24 horas para abandonar la vivienda.

Y en relación al segundo supuesto (despenalización del delito de usurpación), parte de la doctrina (por ejemplo, MUÑOZ CONDE, 2019, 388) y algunas proposiciones legislativas defienden despenalizar la ocupación de inmuebles sin título habilitante: en el Congreso de los Diputados se presentó en febrero de 2018 una Proposición de Ley¹⁴⁵ (que no acabó aprobándose) en la que se emplazaba al Gobierno a despenalizar el delito de usurpación en los supuestos de familias en situación de exclusión residencial y siempre que la ocupación tuviera lugar en pisos vacíos propiedad de entidades financieras, grupos inmobiliarios, fondos de inversión o asimilables.

Esta despenalización podría conllevar efectos colaterales: las viviendas podrían ser usurpadas a sus propietarios con la única posibilidad de acudir a las vías procesales que protegen la posesión y la propiedad, lo que a la postre podría *«provocar una especie de efecto llamada para todos aquellos ciudadanos que sin recursos suficientes, que estarían peregrinando de inmueble en inmueble, sirviéndose transitoriamente de los mismos pero con una vocación de permanencia respecto de tal estilo de vida, al no prevenir el ordenamiento jurídico ninguna sanción, más allá de la más que probable inejecución por insolvencia de los daños y perjuicios causados»*¹⁴⁶. De hecho, en Inglaterra y Gales solo es penalmente condenable la ocupación de bienes inmuebles residenciales sin título desde 2012, lo que parece haber provocado un aumento de las ocupaciones de locales comerciales (WILSON, 2017, 23).

Y, en particular, la despenalización del delito de usurpación provocaría que el derecho de propiedad sí pudiera verse delimitado por el legislador en base a la función social de la propiedad para otorgar una mayor protección a los ocupantes de las viviendas sin título. De hecho, la jurisprudencia menor se ha basado en la función social de la propiedad para justificar la no aplicación preferente de la vía penal sobre las vías interdictales de recuperación de la posesión dado que el propietario (una entidad bancaria) no venía realizando un ejercicio efectivo de la titularidad dominical (Auto AP de Barcelona de 18 de junio de 2020¹⁴⁷). En este sentido, diversas leyes autonómicas ya han adoptado medidas que delimitan el derecho de propiedad de las personas jurídicas que tienen vacías viviendas por un plazo determinado, en cuyo caso se exponen al pago de impuestos (caso de la Ley catalana 14/2015, de 21 de julio, declarada constitucional por la STC 4/2019, de 17 de enero¹⁴⁸), a sanciones administrativas (por ejemplo, artículo 19 de la Ley 2/2017, de 3 de febrero, por la función social de la vivienda de la Comunidad Valenciana¹⁴⁹, o el artículo 123.1.h) de la Ley catalana de vivienda 18/2007), a la obligación de ceder las viviendas a la Administración si se cumplen una serie de requisitos objetivos y subjetivos (art. 42 de la Ley de vivienda 5/2018, de 19 de junio, de las Illes Balears¹⁵⁰), o incluso se prevé la expropiación de las viviendas deshabitadas durante un tiempo superior a dos años (si no concurren causas que lo justifiquen), como se recoge en el artículo 72.3.b) de la Ley vasca 3/2015, que ha sido declarado constitucional por la STC 97/2018, de 19 de septiembre¹⁵¹.

Estas normas tienen como finalidad última que las viviendas vacías sean cedidas por sus propietarios al mercado de vivienda social en alquiler. De hecho, el aumento del parque de viviendas sociales es una medida que se ha propuesto para combatir los efectos de los desahucios (KENNA, BENJAMINSEN, BUSCH-GEERTSEMA y NASARRE-AZNAR, 2016, 124). Sin embargo, está por ver si realmente se ha conseguido este objetivo y la relación coste/beneficio para la Administración (NASARRE AZNAR, 2020, 484 y sigs.), al tiempo que algunas de estas sanciones ya han sido anuladas por los tribunales (en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 16 de julio de 2019¹⁵² se anulan algunas sanciones efectuadas a una persona jurídica conforme a la normativa catalana de vivienda por tener las viviendas desocupadas). Sea como fuere, nótese que la función social de la propiedad adopta en estas normas un rol predominante para establecer un régimen de derechos y deberes de los propietarios que van más allá del deber de no mantener desocupada la vivienda: también impone obligaciones de conservación, rehabilitación, uso adecuado y no sobreocupación de la vivienda.

Pues bien, la cuestión es el rol de la función social de la vivienda en una potencial despenalización del delito de usurpación. Pongamos por

ejemplo el caso de las viviendas y edificios vacíos propiedad de personas jurídicas, que son los principales afectados por el fenómeno de la «okupación». Una vez eliminada la sanción penal, la cuestión es si el legislador podría llegar al extremo de obligar a determinados propietarios de viviendas vacías, sean personas físicas o jurídicas, a consentir su ocupación sin título por terceras personas que se encuentren en riesgo de exclusión social. Esta medida no sería extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Ejemplos son:

1. El Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero, que legitima al juez a suspender el lanzamiento hasta la finalización del estado de alarma en el caso de las «okupaciones» en las que no existe un título habilitante, con la excepción de si la entrada o permanencia en el inmueble se haya producido mediando intimidación o violencia sobre las personas. Por lo tanto, no se podrá suspender el lanzamiento en caso de existencia de violencia o intimidación en la usurpación (art. 245.1 CP) o si tiene lugar un allanamiento de morada (art. 202 CP). Dado que la mayoría de las «okupaciones» afectan a personas jurídicas, cuyas viviendas se encuentran por tanto vacías, no se suele sustanciar el procedimiento por el artículo 245.1 Código penal, sino por el artículo 245.2 Código penal. Ahora bien, los «okupantes» deberán cumplir con el resto de requisitos que exige el Real Decreto 1/2021: por ejemplo, que las viviendas pertenezcan a personas jurídicas, que las habiten sin título y se encuentren en situación de vulnerabilidad económica; y deberá tratarse de la vivienda habitual —no segundas residencias—.

2. El Real Decreto Ley 6/2020, de 10 de marzo, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en el ámbito económico y para la protección de la salud pública¹⁵³, que ha ampliado la suspensión de los lanzamientos prevista en la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social¹⁵⁴, en los casos en los que el acreedor se adjudique la vivienda habitual en un proceso judicial o extrajudicial de ejecución hipotecaria y esta pertenezca a personas que se encontrasen en situación de especial vulnerabilidad. La moratoria se ha ampliado por el plazo de cuatro años (hasta mayo de 2024) y, como novedad, se aplica con independencia de quien sea el adjudicatario de la vivienda, sea persona física o jurídica, lo que plantea la duda de si la función social de la propiedad podría justificar esta medida y limitar el derecho de propiedad privada de estos adjudicatarios personas físicas. Además, el Real Decreto Ley 6/2020 sigue sin clarificar la posición jurídica del ocupante de la vivienda, por ejemplo si debe hacer frente a alguna contraprestación por su uso. Los ocupantes, por tanto, tienen un título que proviene la ley, lo que podría tener lugar en el caso de los ocupantes de la vivienda sin título habilitante.

3. La Ley catalana 24/2015, de 29 de julio, de medidas urgentes para afrontar la emergencia en el ámbito de la vivienda y la pobreza energética¹⁵⁵, prevé la obligación de ofrecer una propuesta de alquiler social antes de interponer una acción ejecutiva derivada de la reclamación de una deuda hipotecaria y a las demandas de desahucio. Los tribunales rechazaron la aplicación analógica de esta norma a las situaciones de ocupación sin título (SSAP de Barcelona 13 de marzo de 2018¹⁵⁶ y 15 de diciembre de 2017¹⁵⁷), pero el artículo 5.7 Decreto Ley 17/2019, de 23 de diciembre, hizo extensiva dicha obligación a las demandas de desahucio por falta de título jurídico que habilite la posesión de la vivienda, cuando el demandante tenga la condición de gran tenedor y concurren las circunstancias que prevé la Ley (por ejemplo, la vivienda debe estar inscrita en el registro de viviendas vacías y los ocupantes deben acreditar que la ocupación sin título se inició, como mínimo, seis meses antes de la entrada en vigor de la norma). Por tanto, la ocupación sin título de una vivienda otorgaba el derecho a exigir un alquiler social, es decir, se conseguía un título legal sobre una vivienda a costa de los propietarios privados que tuvieran la condición de gran tenedor de viviendas. Además, el artículo 5.7 Ley 14/2015 define la renta que puede exigir el propietario limitando su cuantía, lo que arroja nuevas dudas: si los ocupantes no acreditan ninguna renta, ¿podrían seguir disfrutando del alquiler social? Con todo, mientras la normativa ha estado en vigor antes de la declaración de inconstitucionalidad por la STC 16/2021, de 28 de enero, la jurisprudencia menor ha interpretado que la obligación de ofrecer un alquiler social no puede considerarse un requisito de admisibilidad de la demanda judicial de ejecución hipotecaria, de desahucio por impago de alquiler o de precario (precisamente, en los casos de ocupantes sin título habilitante suele ejercitarse la acción de desahucio por precario —art. 250.1.2. LEC—), sin perjuicio de la eventual sanción administrativa a la que se expone el propietario (ver, a modo de ejemplo, las SSAP de Tarragona de 25 de junio de 2020¹⁵⁸ y de Barcelona de 8 de mayo¹⁵⁹, 22 de junio¹⁶⁰ y 9 de noviembre de 2020¹⁶¹).

Retomando la cuestión de la legitimación para «okupar» con base en la función social de la propiedad, el último reducto para proteger el derecho de propiedad privada sería el respeto a su contenido esencial (art. 33.1 CE). Este derecho goza de una doble garantía: una vertiente institucional (ligada por lo tanto con otros derechos previstos en la constitución, como la libertad de empresa) y otra individual, que incluiría gracias a una interpretación conforme a la realidad social (art. 3.1 CC) el conjunto de facultades que usualmente se adjudican al derecho de propiedad regulado en la legislación civil: usar y disfrutar con un poder exclusivo y excluyente y disponer de los bienes (sea *inter vivos* o *mortis causa*) (NASARRE AZNAR y SIMÓN MORENO, 2013, 3063 y sigs.). Para poder calibrar la función social de

la propiedad es necesario el test de proporcionalidad, que comprende tres elementos: a) el juicio de adecuación —la medida que se evalúa tiene que ser adecuada para la consecución de un fin constitucionalmente lícito—; b) el juicio de necesidad —la medida tiene que ser necesaria no existiendo una alternativa menos onerosa—; y c) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto, que se traduce en una evaluación de costes y beneficios, es decir, las ventajas que se obtienen con la medida tienen que ser mayores que las desventajas que la misma genera.

Por tanto, una legitimación legal de la «okupación» de viviendas gracias a la función social de la propiedad no superaría el test de constitucionalidad, puesto que no sería adecuada (la «okupación» no puede ser una vía para acceder a una vivienda, como se tratará a continuación), ni necesaria (existen otras soluciones más estructurales y menos gravosas) y estaría por ver la relación coste/beneficio, como en otras tantas actuaciones de la Administración (por ejemplo, los ya reseñados «incentivos negativos» respecto a las viviendas vacías).

3. EL DESARROLLO DEL DERECHO A LA VIVIENDA Y A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

En tercer lugar, el derecho a la vivienda debe desarrollarse por parte de los poderes públicos a nivel estatal, autonómico y local. De este modo, del artículo 47 CE se desprende:

a) Primero, que la «okupación» no puede fomentar el derecho a la vivienda cuando es considerada internacionalmente como una forma más de sinhogarismo. Efectivamente, la tipología europea de sin hogar y exclusión residencial (Tabla ETHOS) elaborada por la Federación Europea de Asociaciones Nacionales que trabajan con Personas Sin Hogar (FEANTSA)¹⁶² no solo identifica como sinhogarismo a las personas sin techo o que viven en alojamientos temporales, sino también a aquellas personas que viven en una vivienda inadecuada o insegura. En este último supuesto se incluyen aquellas personas necesitadas de una vivienda que habitan en una sin un título legal. Por tanto, difícilmente puede considerarse la ocupación de viviendas sin título habilitante como una alternativa al acceso a una vivienda cuando constituye, al mismo tiempo, una situación de sinhogarismo, y por ello debe ponerse en duda la conveniencia de legitimar legalmente esta situación de sinhogarismo como lo ha hecho el Decreto Ley catalán 17/2019 y el Decreto Ley 1/2021, que pueden servir de base para un posterior perpetuación de los derechos de los ocupantes como ha tenido lugar con la moratoria que protege a los deudores hipotecarios vulnerables con la Ley 1/2013.

b) Segundo, que los derechos humanos y otros intereses superiores (por ejemplo, el derecho a la vida privada y familiar y la protección del menor) han permitido que los tribunales de justicia y los organismos internacionales tengan cierta consideración de los derechos de las personas que sufren un desahucio de su vivienda habitual.

Con todo, lo cierto es que su aplicación práctica en el ámbito civil todavía suscita serias dudas, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia. Así, la jurisprudencia menor defiende que la doctrina del Tribunal Supremo referente a la orden administrativa de desahucio y las circunstancias personales de los ocupantes nada tiene que ver con el procedimiento de desahucio por precario: «*No se trata de una sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, sino de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. No trata una cuestión entre particulares, sino una cuestión en la que una de las partes es un poder público*» (SSAP de Barcelona de 22 de junio de 2020 y de Álava de 13 de mayo de 2019¹⁶³). Por tanto, el análisis de la proporcionalidad de la medida se circunscribe a los desahucios de vivienda pública, como ocurre precisamente en Italia, donde la jurisprudencia ha aplicado el principio de proporcionalidad (art. 8 CEDH) en algunas sentencias relativas a órdenes de demolición (no, por el momento, a situaciones de «okupación») exigiendo la suspensión del procedimiento de desalojo hasta que la autoridad pública encuentre una solución alternativa de vivienda (BARGELLI y DINISI, en prensa). Por su parte, la STEDH de 6 de noviembre de 2018¹⁶⁴ ha denegado la aplicación del artículo 8 CEDH a una relación entre particulares (en el caso enjuiciado, un alquiler de corta duración bajo la modalidad «*assured shorthold tenancy*»), de modo que la aplicación del principio de proporcionalidad solo podrá tener lugar si existe una disposición legal al respecto¹⁶⁵. Y desde el punto de vista del Dictamen DESC, el Comité DESC reiteró en Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España (14 de agosto de 2015¹⁶⁶) «*la ausencia de un procedimiento específico de implementación de los dictámenes adoptados por el Comité en aplicación del Protocolo Facultativo*», lo que indica que los poderes públicos no consideran que estos dictámenes tengan un carácter vinculante.

Pues bien, en cuanto a la potencial inclusión del principio de proporcionalidad en la legislación procesal relacionada con la ocupación de viviendas sin título habilitante (art. 8 CEDH), la Ley 5/2018 añadió un nuevo apartado 1 bis al artículo 441 LEC, que prevé la intervención de los servicios sociales, específicamente, en estos casos. Así, si en la comunicación de la demanda ha sido posible la identificación del receptor o demás ocupantes, se dará traslado a los servicios públicos competentes por si procediera su actuación, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados. En la misma resolución en que se acuerde la entrega de la posesión de la vi-

vienda al demandante y el desalojo de los ocupantes, se ordenará comunicar tal circunstancia, siempre que se hubiera otorgado el consentimiento por los interesados, a los servicios públicos competentes en materia de política social, para que, en el plazo de siete días, puedan adoptar las medidas de protección que, en su caso, procedan. El redactado de la Ley 5/2018 sugiere que los servicios sociales tienen la obligación (legal) de adoptar las medidas que procedan en los casos de ocupantes en situación de exclusión residencial (LÓPEZ JARA, 2018)¹⁶⁷, es decir, que si bien tienen discreción a la hora de elegir las medidas idóneas, no la tienen a la hora de atender el requerimiento judicial de prestar asistencia a las familias vulnerables. La problemática de la aplicación de esta norma es el escaso parque social de viviendas ya apuntado, al tiempo que la premura de tiempo en la respuesta y la ausencia de recursos de los servicios sociales¹⁶⁸ no garantiza que pueda ofrecerse una respuesta adecuada a estas familias vulnerables.

Desde la perspectiva del CDESC, la cuestión es si debería ofrecerse un alojamiento alternativo a los ocupantes por los servicios sociales. En nuestra opinión, no necesariamente. El CEDSC exige que el Estado debe haber adoptado las medidas razonables, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para proveer de una vivienda alternativa a quienes estén incursos en procedimientos de desahucio. Por este motivo, la ausencia de dicha provisión no originaría una responsabilidad patrimonial de la administración *per se* (sobre la base de los dictámenes del CEDSC) si puede justificarse un uso adecuado de los recursos disponibles.

Y desde la perspectiva del CEDH, la Ley 5/2018 no recoge el análisis de la proporcionalidad de la medida tal y como exige el TEDH (así, por ejemplo, la alegación del derecho a la vivienda no ha sido tenida en consideración en la SAP de Barcelona de 28 de diciembre de 2020¹⁶⁹). Si el legislador regulara el análisis de la proporcionalidad de la medida (el desahucio) en la vida privada y familiar de los demandados para dar cumplimiento a la jurisprudencia del TEDH (ello también permitiría cumplir con los dictámenes del CDESC), debe recordarse en el caso específico de la ocupación de viviendas sin título habilitante, primero, que el artículo 8.2 CEDH prevé que no existirá injerencia por parte del Estado si esta es «*necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás*», y, segundo, que el TEDH ha reiterado que quien se sitúa conscientemente fuera de ley goza de menor protección. Efectivamente, la STEDH de 4 de agosto de 2020¹⁷⁰ resolvió que las circunstancias personales de quien construye ilegalmente una vivienda y constituye en ella su domicilio tienen un peso menor que otros intereses, como la protección del medioambiente. Por tanto, el análisis de la proporcionalidad de la medida en los procedi-

mientos de recuperación de la posesión de la vivienda «okupada» tendría una aplicación práctica relativa a la hora de proteger el derecho a la vida privada y familiar de sus ocupantes atendiendo al respeto de otros derechos y libertades, como el de propiedad, y a la necesidad de prevenir infracciones penales, en tanto que dicha ocupación constituye un delito de usurpación (art. 245.2 CP). En cualquier caso, los propietarios que se vieran privados del uso de la vivienda por la paralización del desalojo de los ocupantes sin título podrían tener derecho a una compensación económica si se dilata injustificadamente en el tiempo, lo que no es algo extraño en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, en Polonia el desalojo sin una vivienda alternativa («eviction to nowhere») está prohibido y se considera inconstitucional. El municipio en el que se encuentra la propiedad está obligado a identificar los alojamientos temporales disponibles, albergues u otros lugares de alojamiento, donde el deudor puede permanecer después del desalojo. Los propietarios, que no pueden reclamar su propiedad debido a la falta de vivienda social, tienen derecho a una compensación económica¹⁷¹. Y en Italia el Decreto Ley 14/2017 prevé que la autoridad pública encargada de hacer cumplir el desalojo tiene el deber positivo de elegir las medidas de emergencia más adecuadas para proteger a los ocupantes si se encuentran en una situación de vulnerabilidad y no pueden encontrar un alojamiento alternativo por sí mismos, al tiempo que tiene la facultad de establecer una comisión encargada del realojamiento. Por otra parte, el Estado es considerado responsable y debe indemnizar al propietario que no es culpable de la ocupación ilícita por las pérdidas pecuniarias derivadas de cualquier retraso indebido en el proceso de desalojo (BARGELLI y DINISI, en prensa).

Sea como fuere, la posible aplicación del principio de proporcionalidad plantea un problema de límites, todavía por resolver: hasta dónde puede limitarse en estos casos el Derecho civil y el derecho de propiedad, sin que una aplicación directa de los derechos fundamentales (vid. *supra*, sin tener en consideración el derecho de propiedad) sea la vía adecuada.

Otra opción al alcance del legislador sería impulsar que el propietario de la vivienda y sus ocupantes (siempre que se encontrasen en una situación acreditada de exclusión residencial) llegasen (voluntariamente) a una solución consensuada mediante un servicio de mediación/intermediación proactivo (que podría dar audiencia, también, a las comunidades de propietarios).

Piénsese que la búsqueda de una solución interesa tanto a los propietarios como a los ocupantes. Los primeros se exponen a posibles procedimientos de expropiación ya citados, a posibles atribuciones de derechos a los ocupantes (como ha tenido lugar con el Decreto Ley catalán 17/2019), y siempre es mejor llegar a una solución que no poder usar u obtener frutos de la vivienda mientras dura la situación de «okupación»; y los segundos se exponen a potenciales intentos de desahucios por empresas privadas, a

un procedimiento civil o administrativo de desahucio y a una ausencia de vivienda pública alternativa una vez este tenga lugar. Como posibles soluciones a esta situación encontramos la rehabilitación por renta si el inmueble se encuentra en mal estado de conservación (art. 17.5 LAU); si se trata de una vivienda vacía, se podría firmar un alquiler social con el propietario con el acompañamiento del municipio, que le podría acarrear como beneficios el asesoramiento gratuito, la tramitación del contrato o la cobertura total o parcial del alquiler; los ocupantes podrían abandonar voluntariamente la vivienda hacia un alojamiento temporal; o la administración podría llegar a regularizar su situación. En este último caso, y por lo que respecta a las viviendas de titularidad pública, algunas administraciones locales han regularizado las ocupaciones de vivienda pública sin título con la condición de que cumplan las condiciones económicas requeridas y que no hayan sido condenados por un delito penal de usurpación o estén incurso en causas judiciales por conflictos vecinales¹⁷². Estas prácticas han causado malestar entre los ciudadanos, que han elevado su disconformidad al Defensor del Pueblo¹⁷³, si bien podrían defenderse siempre que no alteren la adjudicación ordinaria de vivienda de protección pública. Así, el acceso a las viviendas de protección oficial debe realizarse siguiendo el procedimiento administrativo correspondiente y a los criterios de adjudicación que rigen para todos los ciudadanos, incluso en el caso de que la normativa específica ya prevea la adjudicación de viviendas en situaciones de extrema necesidad (SAP de Cáceres de 29 de enero de 2018¹⁷⁴). Ello permite respetar un sistema homogéneo y objetivo de reparto de las viviendas que tengan a su disposición y valorar la necesidad real de cada solicitante (SAP de Madrid de 19 de junio de 2018). Por tanto, la ocupación de viviendas sin título habilitante que son propiedad o están gestionadas por administraciones o entidades públicas no debe dar preferencia alguna para el acceso a estas viviendas. Si no es el caso, la administración debería iniciar el procedimiento pertinente proveyendo temporalmente a los ocupantes de un alojamiento alternativo. En este sentido, por ejemplo, la disposición adicional decimotercera de la Ley catalana 4/2016 contempla que el alojamiento de las personas en riesgo de exclusión residencial, en los que se incluye expresamente a las personas ocupantes sin título habilitante, se efectúe con carácter provisional en un alojamiento dotacional público o en otros alojamientos gestionados por las administraciones competentes.

c) Tercero, que atendiendo al contenido tangible del derecho a la vivienda (art. 47 CE), los poderes públicos deberían velar por buscar soluciones estructurales a la problemática de la «okupación», por ejemplo las siguientes:

1. *Diversificar las formas de tenencia.* España tiene que implementar un *continuum* adecuado de tenencias de viviendas funcionales que abarque

todo el espectro desde la vivienda pública hasta la propiedad absoluta, y que debería incluir varios tipos de vivienda social, tenencias intermedias (propiedad compartida y propiedad temporal, una medida estructural de Derecho civil, actualmente solo reguladas en el CCC —arts. 547-1 y sigs. y 556-1 y sigs.), diferentes tipos de arrendamientos privados para, por un lado, jóvenes y profesionales que necesitan una gran movilidad y, por otro, para hogares que deseen vivir en una tenencia estable, y también en viviendas colaborativas abordando los problemas actuales (en cuanto a las cooperativas de cesión de uso, básicamente la ausencia de una normativa de referencia que regule los aspectos civiles). Una variedad más amplia de tenencias de vivienda funcionales crearía un espectro que garantizaría viviendas más asequibles para cada tipo de hogar, que dependería menos de los mercados financieros y requeriría menos intervención de la Administración pública, lo que significaría más libertad para los ciudadanos. Específicamente de cara a la ocupación de viviendas sin título habilitante, destacar que una medida que se ha adoptado tanto en Francia (desde 2009) como en los Países Bajos (con base en una regulación en 2016) es la promoción del alquiler temporal para ciertos colectivos con bajos ingresos (por ejemplo, estudiantes o trabajadores temporales), de manera que se moviliza y se reduce el parque de viviendas vacías susceptibles de ser «okupadas» (EUROPA CIUDADANA, 2021, 38 y sigs.).

2. *Aumentar el parque público de viviendas sociales.* La necesidad de incrementar el parque de viviendas sociales es un hecho: se entregaron 67514 viviendas en 2007 y 53332 en 2012; sin embargo, el número disminuyó progresivamente hasta alcanzar las 5167 unidades entregadas en 2018, el peor escenario desde 1950 (DEFENSOR DEL PUEBLO, 2019, 12-13). Las vías para conseguir este objetivo son variadas, y van desde la construcción de viviendas hasta la movilización del parque de viviendas vacías. En este último caso, además de la oferta de garantías a los propietarios del cobro del alquiler, de conservación de la vivienda, de protección ante impagos, etc., es interesante prever otras medidas o incentivos, como por ejemplo ayudas a la rehabilitación del inmueble, una colaboración estrecha con los agentes inmobiliarios y el tercer sector para encontrar vivienda adecuada para colectivos concretos, o subvenciones para el pago del Impuesto de Bienes Inmuebles y de las tasas de basura para los propietarios que cedan las viviendas a la bolsa de mediación de alquiler social.

En cualquier caso, un aumento de la vivienda social debe ir de la mano de colaboraciones privadas para su correcta gestión, dado que actualmente existe una amplia variedad de proveedores/gestores (públicos, mixtos, privados con ánimo de lucro y privados sin ánimo de lucro) que trabajan de forma desestructurada y descoordinada, con importantes diferencias en cuanto a su naturaleza y tamaño (parque de viviendas y personal) (LAMBEA LLOP, 2016, 115 y sigs.).

V. CONCLUSIONES

I. La ocupación de viviendas sin título habilitante constituye un fracaso de las políticas públicas, que no han conseguido implementar medidas estructurales para luchar contra este fenómeno como la suficiencia de medios materiales y humanos de la Administración de Justicia, la diversificación de las tenencias inmobiliarias, el incremento del parque social de viviendas o la movilización del parque de viviendas vacías, con el resultado de que se ha delegado la obligación de la Administración pública de proveer vivienda social a los propietarios privados, ocultando de este modo su ineficacia e ineficiencia.

II. El análisis de los derechos humanos y fundamentales en conflicto muestra que el derecho de propiedad privada ya está protegido a nivel civil, con una Ley 5/2018 que sigue la estela de los países de nuestro entorno y cuya modificación (por ejemplo, prescindiendo de la intervención judicial) podría vulnerar el derecho a la inviolabilidad del domicilio de los ocupantes sin título; que el procedimiento penal podría agilizarse mediante la implementación de una medida cautelar, sin que un aumento de la pena o una despenalización sean soluciones estructurales; que mal puede ampararse la «okupación» en el derecho a la vivienda cuando constituye una situación de *sinhogarismo*, que no debería por tanto recibir una cobertura legal; y que el derecho a la vida privada y familiar y el derecho a la vivienda podrían ser la base para exigir (así lo hace el Comité DESC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos) o bien el análisis de la proporcionalidad de la injerencia en la vida privada y familiar de sus ocupantes, con una posible compensación para el propietario en caso de una dilación excesiva e injustificada del procedimiento (para evitar la asunción de *facto* de una obligación que corresponde a los poderes públicos), o bien con un comportamiento proactivo de la Administración para la búsqueda de una solución consensuada entre propietarios y ocupantes, siempre que los primeros lo consientan y los segundos se encuentren en una situación de necesidad. Sea como fuere, la aplicación del principio de proporcionalidad plantea un problema de límites, todavía por resolver: hasta dónde puede limitarse en estos casos el Derecho civil y el derecho de propiedad.

III. Los países de nuestro entorno más cercano han implementado medidas tendentes a luchar contra el fenómeno de la ocupación de viviendas sin título habilitante, ya sea tipificando como novedad la conducta como un delito (Países Bajos), incrementando las penas privativas de libertad o prohibiendo el empadronamiento y el acceso a los suministros de la vivienda (Italia), implementando un procedimiento administrativo sumario (Francia) o a través de una orden posesoria sumaria (Inglaterra y Gales), lo que demuestra su voluntad de luchar contra este fenómeno, al contrario de algunas

medidas legislativas y resoluciones judiciales («Robinprudencia») adoptadas en nuestro país, que ha adoptado por tanto una postura ambivalente que no ofrece seguridad jurídica ni soluciones estructurales.

VI. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE de 10 de septiembre de 2014.
- STEDH de 4 de agosto de 2020.
- STEDH de 13 de diciembre de 2018.
- STEDH de 6 de noviembre de 2018.
- STEDH de 15 de mayo de 2018.
- STEDH de 21 de noviembre de 2017.
- STEDH de 10 de enero de 2017.
- STEDH de 17 de octubre de 2013.
- STEDH de 24 de abril de 2012.
- STEDH de 13 de mayo de 2008.
- STC 16/2021, de 28 de enero.
- STC 32/2019 de 28 febrero.
- STC 4/2019, de 17 de enero.
- STC 97/2018, de 19 de septiembre.
- STC 139/2004, de 13 de septiembre.
- STC 10/2002, de 17 de enero.
- STC 171/1999, de 27 de septiembre.
- STC 34/1993, de 18 de noviembre.
- STS de 23 de noviembre de 2020.
- STS de 12 de febrero de 2020.
- STS de 17 de julio de 2018.
- STS de 23 de noviembre de 2017.
- STS de 28 de febrero de 2017.
- STS de 11 de diciembre de 2014.
- STS de 19 de junio de 2008.
- STS de 23 de septiembre de 1997.
- STSJCat de 16 de julio de 2019.
- SAP de Barcelona de 28 de diciembre de 2020.
- SAP de Barcelona de 9 de noviembre de 2020.
- SAP de Valencia de 2 de octubre de 2020.

- SAP de Madrid de 24 de julio de 2020.
- SAP de Madrid de 23 de julio de 2020.
- SAP de Barcelona de 25 de junio de 2020.
- SAP de Tarragona de 25 de junio de 2020.
- SAP de Barcelona de 22 de junio de 2020.
- SAP de Madrid de 19 de junio de 2020.
- Auto AP de Barcelona de 18 de junio de 2020.
- SAP de Toledo de 10 de junio de 2020.
- SAP de Barcelona de 8 de mayo de 2020.
- SAP de Islas Baleares de 22 de abril de 2020.
- SAP de Barcelona 3 de febrero de 2020.
- Auto AP de Barcelona de 11 de junio de 2019.
- SAP de Álava de 13 de mayo de 2019.
- SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2018.
- SAP de Ourense de 20 de noviembre de 2018.
- SAP de Madrid de 19 de noviembre de 2018.
- SAP de Córdoba de 3 de octubre de 2018.
- SAP de Las Palmas de 27 de septiembre de 2018.
- SAP de Madrid de 11 de septiembre de 2018.
- SAP de Barcelona de 5 de julio de 2018.
- SAP de Madrid de 26 de junio de 2018.
- SAP de Madrid de 19 de junio de 2018.
- SAP de Madrid de 14 de junio de 2018.
- SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2018.
- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2018.
- SAP de Madrid de 23 de abril de 2018.
- SAP de Las Palmas de 20 de abril de 2018.
- SAP de Barcelona de 20 de abril de 2018.
- SAP de Madrid de 18 de abril de 2018.
- SAP de Valencia de 15 de marzo de 2018.
- SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2018.
- SAP de Madrid de 28 de febrero de 2018.
- SAP de Cáceres de 29 de enero de 2018.
- SAP de Murcia de 17 de enero de 2018.
- SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2017.
- SAP de Madrid de 3 de noviembre de 2017.
- SAP de Madrid de 31 de octubre de 2017.
- SAP de Las Palmas de 22 de febrero de 2017.
- SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2016.
- SAP de Las Palmas de 16 de mayo de 2016.
- Auto AP de Cantabria de 16 de abril de 2015.
- SAP de Madrid de 30 de marzo de 2015.

- SAP de Barcelona 26 de marzo de 2015.
- SAP de Palencia de 19 de diciembre de 1995.
- Auto del Juzgado de Primera Instancia No. 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, D. y ROBINSON, J.A. (2012). *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity, and Poverty*. Random House USA Inc.
- ANÓNIMO (2014). *Manual de la Okupación [En línea]*. 2.^a Ed. Revisada y ampliada. Madrid. Disponible en: <http://www.okupatutambien.net/wp-content/uploads/2014/05/M2.pdf>.
- ARAGONÉS SEIJO, S. (2017). La ineficacia del delito de usurpación para el perjudicado: algunas ventajas del proceso civil. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 760, 795-822.
- ARIZA COLMENAREJO, M.J. (24 de julio de 2018). Nuevo proceso posesorio en materia de ocupación ilegal de viviendas. *Diario La Ley*, núm. 9245.
- BARGELLI, E. y DINISI, A. (en prensa). Alternative and Intermediate Tenures - Italy. En Schmid, C. (ed.), *Intermediate and alternative housing tenures in a comparative and European perspective*.
- BASTANTE GRANELL, V. (2018). Ocupación ilegal de viviendas: la necesaria delimitación jurídico-social de los sujetos «ocupa» y «ocupado». *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 47, 175-203.
- BELHADJ BEN GÓMEZ, C. (2019). Precario y ocupación ilegal de viviendas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1. BIB 2018\14720.
- BENITO SÁNCHEZ, J.C. (2019). Los pronunciamientos del comité DESC sobre Derecho a la Vivienda relativos a España. Respuestas jurisprudenciales y legislativas. *Lex Social: Revista De Derechos Sociales [En línea]*, vol. 9, núm. 2. Disponible en: https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/4228.
- BLAUFARB, R. (2016). *The Great Demarcation: The French Revolution and the Invention of Modern Property*. Oxford: Oxford University Press.
- CESCR (1991). *Observación general No 4 (General Comments) [En línea]*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2005/3594.pdf>.
- COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (2018). *Guide on Article 8 of the Convention - Right to respect for private and family life [En línea]*. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (2019). *La vivienda protegida y el alquiler social en España [En línea]*. Separata del volumen II del Informe anual 2018. Madrid. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2019/09/Separata_vivienda_protegida.pdf.
- (2017). *Informe Anual 2016 [En línea]*. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2016/>.

- EAPN ESPAÑA (2018). *El Estado de la Pobreza. España 2018. VIII Informe anual sobre el riesgo de pobreza y exclusión 2008-2017* [En línea]. Resumen ejecutivo. Disponible en: https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/Informe_AROPE_2018_Resumen_Ejecutivo.pdf.
- EUROPA CIUDADANA (2021). *El acceso a la vivienda en España: ¿qué hacer con el problema de la ocupación?* [En línea]. Disponible en: https://www.europaciudadana.org/wp-content/uploads/2021/02/El-acceso-a-la-vivienda-en-España_que-hacer-con-el-problema-de-la-ocupacion.pdf.
- FEU, P. (2017). Protocol d'intervenció municipal en l'ocupació irregular d'habitatges. Les ordres de conservació. *Càpsules d'Habitatge*, núm. 5 [En línea]. Barcelona: Observatori Local d'Habitatge. Diputació de Barcelona. Disponible en: <https://www.diba.cat/documents/12812334/156902128/Càpsula+5+intervenció+ocupacions+irregulars.pdf/9e068fbb-b864-4fe1-83da-acabbe38c680>.
- FUENTES-LOJO RIUS, A. (2020). Legitimación activa de la comunidad de propietarios en caso de ocupación ilegal de bienes inmuebles. *Diario La Ley*, núm. 9747.
- (2018). Problemática práctica de la nueva modalidad de interdicto de recobro de la posesión en caso de ocupación ilegal de viviendas. *Actualidad Civil*, núm. 12.
- FUNDACIÓN MUTUA DE PROPIETARIOS Y CÁTEDRA UNESCO DE VIVIENDA DE LA URV (2017). *Efectos de la crisis en las comunidades de propietarios*.
- IBARRA SÁNCHEZ, J. I. (2018). La reforma procesal de la Ley 5/2018, de 11 de junio: la nueva tutela sumaria de la posesión de viviendas del artículo 250.1.4.º LEC y el desalojo cautelar inmediato de los ocupantes. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10. BIB\2018\14129.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA (18 de abril de 2013). *Censos de Población y Viviendas 2011* [En línea]. Disponible en: <http://www.ine.es/prensa/np775.pdf>.
- INSTITUT CERDÀ (2017). *La ocupación ilegal: realidad social, urbana y económica... un problema que necesita solución* [En línea]. Disponible en: <https://www.icerda.org/media/files/Presentació%20Ocupació%202017.05.02.pdf>.
- JIMÉNEZ PARÍS, J.M. (19 de septiembre 2018). Desahucio exprés contra la ocupación de viviendas. *Diario La Ley*, núm. 9262.
- KENNA, P., BENJAMINSEN, L., BUSCH-GEERTSEMA, V. y NASARRE-AZNAR, S. (2016). *Promoting Protection of the Right to Housing - Homelessness Prevention in the Context of Evictions Brussels* [En línea], European Commission. Disponible en: <https://ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=15544&langId=en>.
- KOCH, E. (2009). *Human Rights as Indivisible Rights: The Protection of Socio-Economic Demands under the European Convention of Human Rights*. Martinus Nijhoff Publishers.
- LAMBEA LLOP, N. (2016). Social Housing Management Models in Spain, *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 52, 115-128.
- LEBORGNE, A. y BRENNER C. (2019). *Droit de l'exécutio. Voies d'exécution et procédures de distribution*, 33.ª ed. Dalloz.
- LOCKE, J. (2014). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Alianza Editorial.

- LÓPEZ JARA, M. (2018). El nuevo procedimiento civil para garantizar la posesión de viviendas frente a su ocupación ilegal. A propósito de la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación a la ocupación ilegal de viviendas. *Aranzadi Civil*, núm. 6.
- MAGRO SERVET, V. (11 de agosto de 2017). Actuación de las comunidades de propietarios ante el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles por ajenos a la comunidad. *El Derecho [En línea]*. Disponible en: <https://elderecho.com/actuacion-de-las-comunidades-de-propietarios-ante-el-fenomeno-de-la-ocupacion-ilegal-de-bienes-inmuebles-por-ajenos-a-la-comunidad>.
- MINISTERIO DE TRANSPORTES, MOVILIDAD Y AGENDA URBANA, DG DE VIVIENDA Y SUELO, OBSERVATORIO DE VIVIENDA Y SUELO (2020). *Boletín especial vivienda social 2020 [En línea]*. Disponible en: <https://apps.fomento.gob.es/CVP/handlers/pdfhandler.ashx?idpub=BAW072>.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1980). *La propiedad privada en el sistema de derecho civil contemporáneo*. Civitas.
- MUÑOZ CONDE, F. (2019). *Derecho Penal. Parte Especial*, 22.^a Ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ FERNÁNDEZ, G.A. (2017). Juventud y mercado de la vivienda en España: análisis de la situación. *Revista de Estudios de Juventud [En línea]*. Disponible en: http://www.injuve.es/sites/default/files/2018/06/publicaciones/revista116_jovenesyvivienda.pdf.
- NASARRE AZNAR, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- *et al.* (2015). Tenancies as an alternative to homeownership in Spain, Portugal and Malta? The legal drivers in a European context. En SCHMID, C. (ed.), *Tenancy Law and Housing Policy in Europe*. Elgar Land and Housing Law and Policy series, Elgar Law Publishing, 67-117.
- (2015). Robinhoodian» courts' decisions on mortgage law in Spain. *International Journal of Law in the Built Environment*, vol. 7, núm. 2, 127-147.
- NASARRE AZNAR, S. y SIMÓN MORENO, H. (2013). Fraccionando el dominio: las tenencias intermedias para facilitar el acceso a la vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739, 3063-3122.
- OBRA SOCIAL BCN (2018). *¡La vivienda para quien la habita!*, 2.^a ed.
- O'DRISCOLL G. P. Jr. y HOSKINS L. (2003). Property Rights. The Key to Economic Development. *Policy Analysis [En línea]*, núm. 482, 1-18. Disponible en: <https://www.cato.org/sites/cato.org/files/pubs/pdf/pa482.pdf>.
- PÉREZ DAUDÍ, V. (26 de junio 2017). La protección del propietario frente a los actos de ocupación ilegal de un bien inmueble. *Diario La Ley*, núm. 9008.
- PEREZ LUÑO, A-E. y RODRÍGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, A. (1996). Artículo 33. Propiedad privada y herencia. En ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III. Madrid: Editoriales de derecho reunidas, 491-541.
- PIKETTY, T. (2014). *Capital in the Twenty-first century*. Cambridge Mass: Harvard University Press.
- PRIEMUS, P. (2015). Squatters in the city: new occupation of vacant offices. *International Journal of Housing Policy*, vol. 15, núm. 1, 84-92.

- PORTONERA, G. (2019). The Problem of Squatting in Italy: A New Approach by the Courts. *International Property Rights Index*.
- ROCA AGAPITO, L. (2011). Usurpación, alteración de lindes y distracción de aguas. L. En Álvarez García, F.J. (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial (II)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- ROLNIK, R. (2013). Late Neoliberalism: The Financialization of Homeownership and Housing Rights. *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 37, núm. 3, 1058-1066.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L. (2014). *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*. Madrid: Marcial Pons.
- SOLANES MULLOR, J. (2017). The right to housing and the protection of family life and vulnerable groups: European judicial activism. En González Pascual, M. y Torres Pérez, A. (Eds.), *The Right to Family Life in the European Union*. London and New York: Routledge.
- TRILLA BELLART, C. y BOSCH MEDA, A. (2018). *El parque público y protegido de viviendas en España: un análisis desde el contexto europeo* [En línea]. Documento de trabajo 197. Disponible en: <https://www.fundacionalternativas.org/laboratorio/documentos/documentos-de-trabajo/el-parque-publico-y-protegido-de-viviendas-en-espana-un-analisis-desde-el-contexto-europeo>.
- WILSON, W. (2017). *Evicting squatters* [En línea]. Briefing Paper Number 00355. Disponible en: www.parliament.uk/commons-library/intranet.parliament.uk/commons-library.

NOTAS

¹ De las que se hace eco Carlos Márquez, Diario el Mundo, *Las condenas por ocupación crecen un 168% durante la crisis*, 29 de enero de 2015. Disponible en: <https://www.elmundo.es/blogs/elmundo/mas-datos/2015/01/29/las-condenas-por-ocupacion-crecen-un-168.html> (última visita 3 de marzo de 2021).

² En un sentido similar, un estudio realizado por el Grupo VPS cifra en más de 87.000 las familias que se encuentran ocupando viviendas sin título habilitante en España. Una reseña de este estudio se encuentra disponible en: <https://cuadernosdeseguridad.com/2018/11/las-viviendas-okupadas-en-espana-superan-ya-las-100-000/> (última visita 3 de marzo de 2021).

³ Nicolás M. SARRIES, Diario Expansión, *Al menos 70.000 pisos de la banca están ocupados de forma ilegal*, 16 de abril de 2017. Disponible en: <http://www.expansion.com/empresas/banca/2017/04/16/58f3af7f268e3ebc4f8b459b.html> (última visita 3 de marzo de 2021).

⁴ ECLI:ES:TS:2014:5484. El identificador europeo de jurisprudencia (ECLI) puede utilizarse en: <https://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

⁵ ECLI:ES:APM:2018:4385.

⁶ Pisos.com, *Mayor protección del propietario ante la ocupación ilegal de la vivienda*, 25 de junio de 2018, que se hace eco de las declaraciones de Enrique Vendrell, presidente del CAFBL (Colegio de Administradores de Fincas de Barcelona-Lérida). Disponible en: <https://www.pisos.com/aldia/mayor-proteccion-del-propietario-ante-la-ocupacion-ilegal-de-la-vivienda/1628528/> (última visita 3 de marzo de 2021).

⁷ En efecto, los ocupantes ni suelen cuidar los elementos comunes del edificio ni contribuyen a los costes de su mantenimiento, al tiempo que generan malestar y mala con-

vivencia en el seno de la comunidad al no respetar el reglamento de régimen interno, de acuerdo con Enrique Vendrell, en la comparecencia en relación con la proposición de ley de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por la que se regula un procedimiento específico para garantizar la posesión de viviendas titularidad de propietarios personas físicas y para asegurar a las entidades sociales y a las administraciones públicas la disponibilidad de las viviendas en su haber destinadas a alquiler social (número de expediente 122/000061), 29 y sigs. disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-267.PDF (última visita 3 de marzo de 2021).

⁸ Encuesta realizada por el Instituto Sondea, 2017, de la que se hace eco Europapress, 28 de agosto de 2017, *Espanoles con segunda vivienda temen más una 'okupación' que un robo*. Disponible en: <https://www.europapress.es/nacional/noticia-espanoles-segunda-vivienda-temen-mas-okupacion-robo-20170828121508.html> (última visita 3 de marzo de 2021).

⁹ La incidencia de la crisis económica en el acceso a la vivienda se explica con detalle en NASARRE AZNAR, 2020, 305 y sigs.

¹⁰ Como se pone de manifiesto en ANÓNIMO, 2014, 9: «este auge en la okupación se ve cada vez más enfocado hacia el ámbito de la necesidad y derecho a la vivienda, algo que para nosotras es secundario. La okupación como política, a diferencia de la «ocupación» exclusivamente para conseguir una vivienda digna o una negociación con bancos u otras entidades, es una manera de autogestionarse y salir del bucle represivo del sistema vigente». Disponible en: <http://www.okupatutambien.net/wp-content/uploads/2014/05/M2.pdf> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹ Este informe se basa en 626 hogares encuestados y 39 entrevistas realizadas.

¹² Apartado 36. Disponible en: <http://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Spanish.pdf> (última visita 10 de diciembre de 2020).

¹³ Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario (BOE de 16 de marzo de 2019, núm. 65). Si el adquirente de una vivienda no demuestra que es solvente la entidad de crédito no le concederá el préstamo hipotecario (art. 11), lo que implica que solo las familias con recursos y una solvencia acreditada podrán acceder a una vivienda en propiedad.

¹⁴ BOE de 25 de noviembre de 1994, núm. 282.

¹⁵ BOE de 5 de marzo de 2019, núm. 55.

¹⁶ Por ejemplo, el censo del INE de 2011 cifraba en 88.259 las viviendas vacías en la ciudad de Barcelona, pero esta cifra se redujo a 13.000 en 2018 (Alfonso L. CONGOSTRINA, El País, *Colau cifra en 13.000 los pisos vacíos en Barcelona*, 27 de marzo de 2018. Disponible en: https://elpais.com/ccaa/2018/03/27/catalunya/1522180430_726033.html (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁷ Un estudio —parcial, porque no incluye por ejemplo las viviendas pertenecientes a entidades del tercer sector o las viviendas adquiridas por particulares en su día que, gracias a ello, hoy en día son propietarios— puede encontrarse en Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, DG de Vivienda y Suelo, Observatorio de Vivienda y Suelo, 2020, 4.

¹⁸ BOE de 7 de julio de 1986, núm. 161.

¹⁹ Así, este sistema provoca que los desahucios sean «altamente interminables: vía administrativa obligatoria y doble instancia judicial, más ejecución posterior con, en ocasiones, auto de entrada domiciliaria», de acuerdo con Ibarra Sánchez, 2018. De hecho, la duración media de los procedimientos «Verbales posesorios» fue de 9,4 meses en 2019, 4,2 meses más que en 2015, datos disponibles en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/> (última visita 3 de marzo de 2021).

²⁰ Además, el control exclusivo del bien que obtienen los ocupantes de una vivienda sin título ya les hace merecedores de la consideración de poseedores naturales de la vivienda, y si a ello se le une la voluntad de poseer el bien como si fueran titular de un derecho, por ejemplo como propietario, entonces este poder deviene posesión civil (art. 430 CC). Dado que «*todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión*»

(art. 446 CC), el ocupante podrá interponer una acción posesoria si es perturbado en su posesión por un tercero.

²¹ BOE de 12 de junio de 2018, núm. 142.

²² Por ejemplo, el 75% de las ocupaciones ilegales de viviendas que tenían lugar en Madrid en 2017 lo eran por grupos organizados, Diario ABC, *Mafias de la «okupación»*, 26 de octubre de 2017. Disponible en: https://www.abc.es/opinion/abci-mafias-okupacion-201710260251_noticia.html (última visita 3 de marzo de 2021).

²³ BOE de 30 de diciembre de 2019, núm. 45.

²⁴ Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/paginas/ultimasresoluciones.aspx>.

²⁵ BOE de 20 de enero de 2021, núm. 17.

²⁶ BOE de 4 de noviembre de 2020, núm. 291.

²⁷ BOE de 25 de octubre de 2020, núm. 282.

²⁸ Raúl COSANO, Diari de Tarragona, *Proliferan las casas que salen a la venta con ocupas en Tarragona*, 16 de febrero de 2018. Disponible en: https://www.abc.es/opinion/abci-mafias-okupacion-201710260251_noticia.html, última visita 3 de marzo de 2021).

²⁹ José M. BASELGA, Diari de Tarragona, *Patrullas vecinales en El Montmell impiden okupaciones*, 11 de agosto de 2020. Disponible en: <https://www.diaridetarragona.com/costa/Patrullas-vecinales-en-El-Montmell-impiden-okupaciones-20200811-0037.html> (última visita 3 de marzo de 2021).

³⁰ De ello se hace eco Raquel QUERALT, La Vanguardia, *Proliferan las empresas especializadas en desalojar pisos ocupados*, 14 de abril de 2017. Disponible en: <https://www.lavanguardia.com/vida/20170414/421674986661/desokupa-okupaciones-ilegales-barcelona.html> (última visita 3 de marzo de 2021).

³¹ En los Países Bajos, la ocupación ilegal de inmuebles es un delito desde 2010 (*vid. infra*), pero la falta de aplicación de la ley provocó el nacimiento de empresas especializadas en la gestión de viviendas para impedir su ocupación ilegal. Para conseguir este objetivo, estas empresas contratan a personas (denominadas *anti-squatters*) que tienen derecho a usar la vivienda en cuestión en condiciones muy precarias (si bien solo asumen los costes asociados a los suministros, pueden ser desalojados a voluntad de la empresa con un preaviso de catorce días), ver PRIEMUS, 2015, 89.

³² Así, han tenido lugar escraches a despachos de abogados por defender los intereses de propietarios particulares, que también han sido intimidados por asociaciones pro-okupas, de ello se hace eco Elena BERBERANA, Libremercado, *Sindicatos pro-okupas atacan al abogado Enrique Vendrell y destrozan su despacho: «Vamos a acabar muy mal»*, 10 de junio de 2020. Disponible en: <https://www.libremercado.com/2020-10-06/sindicatos-pro-okupas-atacan-al-abogado-enrique-vendrell-y-destrozan-su-despacho-vamos-a-acabar-muy-mal-6667022/> (última visita 3 de marzo de 2021).

³³ <https://blogs.sindominio.net/oficinaokupacio/>. Esta oficina cuenta con su propio ««Despegando» Squatting Manual vol. 1».

³⁴ Un repaso de estas acciones, incluida la regulada por la Ley 5/2018, en BELHADJ BEN GÓMEZ, 2019.

³⁵ ECLI:ES:APB:2018:12392.

³⁶ ECLI:ES:APM:2018:3626.

³⁷ ECLI:ES:TS:2017:706.

³⁸ ECLI:ES:APOU:2018:628.

³⁹ ECLI:ES:APCO:2018:1181.

⁴⁰ ECLI:ES:APB:2018:7038.

⁴¹ ECLI:ES:APV:2017:3387A.

⁴² ECLI:ECLI:ES:TC:2019:32. Esta sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 4703-2018, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, presentado el 11 de septiembre de 2018.

⁴³ Ver los problemas que ocasiona el sistema de notificación previsto en la Ley 5/2018 en ARIZA COLMENAREJO, 2018.

⁴⁴ SAP de Madrid de 23 de noviembre de 2016 (Referencia Aranzadi-Westlaw: JUR 2016, 276325).

⁴⁵ La SAP de Barcelona de 26 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:7274) establece que no hay posesión susceptible de protección penal si se produce en edificios ruinosos y en estado de abandono.

⁴⁶ SSAP de Madrid de 31 de octubre de 2017 (ECLI:ES:APM:2017:14808) y de 30 de marzo de 2015 (Referencia Aranzadi-Westlaw: JUR 2017/25515).

⁴⁷ SAP de Madrid de 26 de junio de 2018 (ECLI:ES:APM:2018:9299).

⁴⁸ ECLI:ES:APB:2018:7235. En la SAP de Las Palmas de 27 de septiembre de 2018 (ECLI:ES:APGC:2018:1874) se afirma en este sentido que «si se constataste que una vez conocido ese uso ajeno de lo propio, lejos de impetrar el inmediato desalojo mediante una manifestada voluntad en tal sentido que llegue a conocimiento de la usuaria, se patentiza algún comportamiento que revele tolerancia hacia esa ocupación, e incluso algún tipo de negociación encaminada a regularizarla de alguna forma, y que por tanto no muestre una inequívoca voluntad de revertir la situación fáctica de indebida posesión que lleva acabo el sujeto activo, este se convertiría en precarista perdiendo el titular dominical la protección que dispensa la norma penal».

⁴⁹ No concurre este requisito si el ocupante actuó con la creencia errónea de que la vivienda que ocupaba era suya al haberla adquirido en escritura pública de quién ante ella parecía ser su propietaria (SAP de Las Palmas de 16 de mayo de 2016, ECLI:ES:APGC:2016:1128).

⁵⁰ SAP de Barcelona de 9 de mayo de 2018 (ECLI:ES:APB:2018:8187).

⁵¹ BOE de 31 de marzo de 2015, núm. 77.

⁵² De acuerdo con Carlos VIADER, Fundación HayDerecho, *Coloquio Hay Derecho: La okupación a examen*, 21 de octubre de 2020. Puede visualizarse en <https://www.youtube.com/watch?v=aI7xRxENLZk> (última visita 3 de marzo de 2021).

⁵³ ECLI:ES:APB:2019:5357A.

⁵⁴ ECLI:ES:APS:2015:535A.

⁵⁵ BOE de 31 de marzo de 2015, núm. 77.

⁵⁶ ECLI:ES:APM:2018:10251.

⁵⁷ Artículo 1 Resolución de 16 de marzo de 2015, de la Subsecretaría, por la que se publica la Resolución de 30 de enero de 2015, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Coordinación de Competencias con las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, sobre instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre gestión del padrón municipal (BOE de 24 de marzo de 2015, núm. 71).

⁵⁸ BOE de 14 de agosto de 1986, núm. 194.

⁵⁹ ECLI:ES:APB:2018:3069.

⁶⁰ Así lo dispone el artículo 5 del DECRETO-LEGGE 28 marzo 2014, n. 47, *Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015* (disponible en <http://www.governo.it/sites/governo.it/files/75134-9334.pdf>, última visita 3 de marzo de 2021).

⁶¹ Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2017/02/20/17G00030/sg> (última visita 3 de marzo de 2021).

⁶² BOE de 27 de febrero de 2008, núm. 50.

⁶³ BOE de 13 de julio de 2015, núm. 166.

⁶⁴ BOE de 23 de septiembre de 2014, núm. 231.

⁶⁵ «Cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que pertenece a su propia persona; y a esa propiedad nadie tiene derecho, excepto él mismo. El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos» (LOCKE, 2014, § 27).

⁶⁶ Disponible en: https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf (última visita 3 de marzo de 2021).

⁶⁷ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr>.

⁶⁸ DOUE de 30 de marzo de 2010, núm. 83.

⁶⁹ Ambos disponibles en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf (última visita 10 de diciembre de 2020).

⁷⁰ La SAP de Palencia de 19 de diciembre de 1995 (Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: AC 1995, 2346) establece que «no otorga a los ciudadanos un inmediato derecho a ocupar las viviendas o edificios de terceros que estimen se encuentran desocupados, sino que constituye un principio programático dirigido a los poderes públicos para que arbitren las medidas legales oportunas que faciliten el ejercicio de tal derecho».

⁷¹ ECLI:ES:APMU:2018:31.

⁷² Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.

⁷³ Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>.

⁷⁴ Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/opcescr.aspx>.

⁷⁵ Respecto de la comunicación núm. 37/2018. Dictamen Adoptado por el Comité en su 66.º periodo de sesiones (30 de septiembre a 18 de octubre de 2019).

⁷⁶ Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 5/2015.

⁷⁷ Dictamen aprobado por el Comité en virtud del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de la comunicación núm. 85/2018.

⁷⁸ ECLI:ES:TS:2018:2747.

⁷⁹ ECLI:ES:TS:2020:401.

⁸⁰ Caso Monika Kušionová contra SMART Capital a.s. Apartado 65.

⁸¹ Un resumen de la jurisprudencia más relevante relacionada con este precepto puede encontrarse en COUNCIL OF EUROPE/EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, 2018, 62 y sigs. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_ENG.pdf (última visita 3 de marzo de 2021).

⁸² STEDH de 13 de mayo de 2008 *McCann contra Reino Unido*, no. 19009/04, apartado 50.

⁸³ STEDH de 10 de enero de 2017 *Babiarz contra Polonia*, no. 1955/2010.

⁸⁴ STEDH de 15 de mayo de 2018 *D. contra Rusia*, no. 54382/2009.

⁸⁵ STEDH de 24 de abril de 2012 *Yordanova and Others vs. Bulgaria*, no. 25446/06, apartados 120-144. STEDH de 17 de octubre de 2013 *Winterstein and others vs France*, no. 27013/07, apartado 167.

⁸⁶ Caso *Cesay Cesay y otros v. Spain*, no. 62688/13. Decisión de 15 de octubre de 2013.

⁸⁷ Concluye que «Even illegal occupants are protected against evictions to the extent that state parties must at all times guarantee the safeguards are complied with and specific circumstances taken into account».

⁸⁸ STEDH de 13 de diciembre de 2018 *Affaire Casa di Cura Valle Fiorita S.r.l. c. Italie*, no. 67944/13, apartados 55-60.

⁸⁹ ECLI:ES:JPI:2013:13A.

⁹⁰ BOE de 31 de diciembre de 1990, núm. 313.

⁹¹ ECLI:ES:TS:2017:4211.

⁹² BOE de 17 de enero de 1996, núm. 15.

⁹³ ECLI:ES:TS:2020:3894.

⁹⁴ «No parece existir obstáculo alguno para que estas mismas garantías se extiendan de manera sustantiva al orden civil —puesto que, en cualquier caso, no puede existir desalojo sin intervención judicial que lo avale— y, en mayor medida si cabe, al orden penal, dadas las especiales garantías que rodean los procesos penales», aunque el autor expresa sus dudas al respecto: «existen aquí también dudas sobre la extensión de esta garantía a los órdenes civil y penal».

⁹⁵ Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: RTC 2002\10.

⁹⁶ Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: RJ 1997\7261.

⁹⁷ Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: RTC 2004\139.

⁹⁸ «La audiencia, conectada directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de proscripción de la indefensión, se convierte en el supuesto de procesos de autorización judicial de entrada en el instrumento específicamente orientado a contribuir mejor a la formación de juicio del órgano judicial en tanto que permite aproximarse a los derechos e intereses del administrado en colisión con el interés general, así como a las circunstancias concurrentes» (SALAMERO TEIXIDÓ, 2014, 390). Ver página 397 respecto al segundo requisito.

⁹⁹ Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: RTC 1993\341.

¹⁰⁰ Disponible en: http://www.neldiritto.it/public/pdf/_24198_10_2018_no-index.pdf (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁰¹ BELHADJ BEN GÓMEZ argumenta en este sentido que se trata de un «Hecho que no se justifica, por cuanto la finalidad de protección del derecho de propiedad o posesión sustraída de forma ilegal es el objeto de regulación con independencia de quien sea el titular del derecho. Esta exclusión carece de explicación, en el propio preámbulo de la Ley escapa a la realidad social. Son muy numerosas las personas jurídicas, sobre todo inmobiliarias o entidades bancarias «a través de sociedades creadas para gestión del patrimonio inmobiliario» las que vienen padeciendo las situaciones objeto de reforma que han resultado excluidas para acudir al procedimiento ordinario con plazos más amplios. Quizá lo deseable hubiese sido la uniformidad» (BELHADJ BEN GÓMEZ, 2019). También critica esta exclusión JIMÉNEZ PARÍS, 2018. Tiene razón BASTANTE GRANELL al afirmar que «teniendo en cuenta que la mayoría de las ocupaciones se realizan en bienes inmuebles pertenecientes a bancos, la nueva ley no parece que vaya a eliminar el negocio de las «mafias okupas» y la «práctica de ir ocupando viviendas» (BASTANTE GRANELL, 2018).

¹⁰² ECLI:ES:APB:2020:5940.

¹⁰³ Aunque se ha defendido la legitimación de las comunidades de propietarios para combatir el fenómeno de la ocupación ilegal de bienes inmuebles por la vía civil (FUENTES-LOJO RIUS, 2020).

¹⁰⁴ BOE de 23 de julio de 1960, núm. 176.

¹⁰⁵ Juanjo BUENO DEL AMO, El País, *Comunidades que «desokupan» viviendas*, 5 de septiembre de 2020 (<https://elpais.com/economia/2020-09-04/comunidades-que-desokupan-viviendas.html>, última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁰⁶ Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-96-1.PDF (última visita 3 de marzo de 2021). Esta iniciativa fue rechazada formalmente el 17 de febrero de 2021.

¹⁰⁷ 122/000319. Proposición de Ley Orgánica contra la ocupación ilegal y para la convivencia vecinal y la protección de la seguridad de las personas y cosas en las comunidades de propietarios. Presentada por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-369-1.PDF (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁰⁸ 122/000213. Proposición de Ley de garantía de la seguridad y convivencia ciudadanas frente a la ocupación ilegal de viviendas. Presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-242-1.PDF (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁰⁹ Matilde CUENA, Fundación HayDerecho, *Coloquio Hay Derecho: La okupación a examen*, 21 de octubre de 2020. Puede visualizarse en <https://www.youtube.com/watch?v=a17xRxENLZk> (última visita 3 de marzo de 2021). La ponente recomienda la celebración de una vista para que pueda analizarse la validez del título aportado.

¹¹⁰ La normativa francesa citada en el presente trabajo está disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/>.

¹¹¹ Tribunal de Casación, Sala Penal, de 22 de enero de 1997, 95-81.186, Publicado en el Boletín.

¹¹² En la Circular de 22 de enero de 2021 se detalla el procedimiento que debe seguirse. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/pdf/circ?id=45125> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹³ Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000042620035/> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹⁴ Fuente: <http://www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/rules/part55> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹⁵ Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/45/section/7> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹⁶ Disponible en: <https://lexscripta.it/codici/codice-civile> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹¹⁷ ECLI:ES:APM:2018:10251.

¹¹⁸ ECLI:ES:APM:2020:5756.

¹¹⁹ ECLI:ES:APTO:2020:824.

¹²⁰ ECLI:ES:APB:2020:1863.

¹²¹ ECLI:ES:APIB:2020:684.

¹²² Siguiendo a ROCA AGAPITO, «porque existen servicios sociales, porque existen vías legales para acceder a la vivienda, porque pueden contar con la ayuda de familiares, de ONG's, etc.» (ROCA AGAPITO, 2011, 211).

¹²³ ECLI:ES:APM:2018:5898.

¹²⁴ Base de datos jurídica Aranzadi-Westlaw: RJ 2008/5811.

¹²⁵ ECLI:ES:APM:2018:11030. El artículo 19 de la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Violencia de Género (BOE 29 diciembre 2004, núm. 313) prevé que «Las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a servicios sociales de atención, de emergencia, de apoyo y acogida y de recuperación integral. La organización de estos servicios por parte de las comunidades Autónomas y las corporaciones locales, responderá a los principios de atención permanente, actuación urgente, especialización de prestaciones y multidisciplinariedad profesional».

¹²⁶ ECLI:ES:APM:2020:8427.

¹²⁷ ECLI:ES:APM:2017:15522.

¹²⁸ ECLI:ES:APM:2018:15539.

¹²⁹ SAP de Las Palmas de 22 de febrero de 2017 (ECLI:ES:APGC:2017:599): «en nuestro Estado de Derecho se arbitran mecanismos por diversas instituciones tanto públicas como privadas que impiden que una persona con hijos a su cargo deba vivir en la calle». Y en la SAP de Madrid de 23 de julio de 2020 (ECLI:ES:APM:2020:8464) declara el tribunal que «la ocupación por la vía de hecho y de forma antijurídica de una propiedad de otro ciudadano que también tiene sus derechos y cuya situación económica personal y económica se ignora no es la solución. Máxime cuando como en el caso presente, no ha quedado acreditado que se hayan agotado todos los recursos o remedios existentes para solucionar el conflicto antes de proceder antijurídicamente ni tampoco que no hubiera habido otra solución que la de proceder de modo antijurídico».

¹³⁰ Sentencia núm. 27252/2019.

¹³¹ ECLI:ES:APM:2018:18835.

¹³² Así se posiciona JIMÉNEZ PARÍS, 2018, 344 y 345, para quien «debería no solo mantenerse la tipificación penal de esta conducta sino incrementarse al menos en un día de multa la pena de esta figura delictiva para que recuperara la categoría de delito menos grave». También se ha propuesto la configuración del delito de usurpación como un delito menos grave, con penas alternativas (Juan Carlos RODRÍGUEZ UTRERA, Conflegal, *Ocupación ilegal y allanamiento de morada: Disfunción penológica y procesal*, 14 de octubre de 2020. Disponible en: <https://conflegal.com/20201014-ocupacion-ilegal-y-allanamiento-de-morada-disfuncion-penologica-y-procesal/> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹³³ Disponible en: <http://www.ipsoa.it/codici/cp> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹³⁴ Disponible en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2018/10/04/18G00140/sg> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹³⁵ Fuente: <https://ilpenalista.it/articoli/focus/le-nuove-disposizioni-di-diritto-penale-sostanziale-introdotte-dal-decreto-sicurezza> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹³⁶ La evolución de la legislación puede consultarse en PRIEMUS, 2015, 84 y sigs.

¹³⁷ Se ha defendido que «difícilmente se identifica a los integrantes del grupo u organización criminal que promueven dichas conductas. La investigación policial y judicial de la ocupación ilegal se agota en la identificación del ocupante ilegal para que comparezca a juicio por delito leve, y no por desidia policial o judicial, sino por la dificultad de descubrir a los promotores de esta modalidad criminal. Pero aun en el caso de que se identificase a esas mafias que promueven estos delitos, las penas de prisión, en caso de condena, recaerían sobre los integrantes de esa organización y grupo criminal; lo que no será obstáculo para que los ocupantes ilegales sigan ocupando ilegalmente inmuebles ante la ausencia de consecuencias penales de la comisión de este delito» (Juan Carlos RODRÍGUEZ UTRERA, Conflegal, *Ocupación ilegal y allanamiento de morada: Disfunción penológica y procesal*, 14 de octubre de 2020).

¹³⁸ En la línea, por ejemplo, de la propuesta de la Comisión de Normativa del Colegio de la Abogacía de Barcelona de septiembre de 2020, que habilita al juez a adoptar «motivadamente la medida de desalojo en el plazo máximo de 48 horas desde la petición cautelar, sin necesidad de prestar caución, en tanto en cuanto, una vez requeridos los ocupantes del inmueble, no exhiban el título jurídico que legitime la permanencia en el inmueble. Acordado el desalojo, podrán dar cuenta a los servicios sociales municipales a los efectos de facilitar el realojamiento atendiendo a la especial vulnerabilidad de los ocupantes o a las demás circunstancias del caso» (fuente: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/la-comision-de-normativa-del-icab-propone-modificar-la-lecrim-para-acabar-con-las-ocupaciones-ilegales-de-viviendas/>, última visita 3 de marzo de 2021). También a favor de esta medida Carlos VIADER, Fundación HayDerecho, *Coloquio Hay Derecho: La okupación a examen*.

¹³⁹ MEMORIA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2017), en el apartado «Propuestas de reformas legislativas». Disponible en: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/FISCALIA_SITE/indice.html (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁴⁰ BOE de 25 de septiembre de 2020, núm. 255.

¹⁴¹ ECLI:ES:APV:2020:2551A.

¹⁴² Disponible en: https://www.icpb.es/imgnewsletter/Annex_avis_338-20_Secretaria_de_Estado.pdf (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁴³ Disponible en: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2012/10/section/144/enacted> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁴⁴ Disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1994/33/contents> (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁴⁵ Ver en este sentido la disposición adicional segunda de la Proposición de Ley de emergencia habitacional en familias vulnerables en el ámbito habitacional y de la pobreza energética, Presentada por los Grupos Parlamentarios Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, de Esquerra Republicana y Mixto, de 9 de febrero de 2018. Disponible en: http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-204-1.PDF (última visita 3 de marzo de 2021).

¹⁴⁶ SAP de Las Palmas de 20 de abril de 2018 (ECLI:ES:APGC:2018:622).

¹⁴⁷ ECLI:ES:APB:2020:4986. Esta Resolución también se basa en el hecho de que el propietario no ha demostrado la ocupación efectiva del bien inmueble.

¹⁴⁸ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-2030>.

¹⁴⁹ BOE de 7 de marzo de 2017, núm. 56.

¹⁵⁰ BOE de 13 de julio de 2018, núm. 169.

¹⁵¹ Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2018-13995.

- ¹⁵² ECLI:ES:TSJCAT:2019:5223.
¹⁵³ BOE de 11 de marzo de 2020, núm. 62.
¹⁵⁴ BOE de 15 de mayo de 2013, núm. 116.
¹⁵⁵ BOE de 9 de septiembre de 2015, núm. 216.
¹⁵⁶ ECLI:ES:APB:2018:2061.
¹⁵⁷ ECLI:ES:APB:2017:12161.
¹⁵⁸ ECLI:ES:APT:2020:778.
¹⁵⁹ ECLI:ES:APB:2020:2928.
¹⁶⁰ ECLI:ES:APB:2020:4836.
¹⁶¹ ECLI:ES:APB:2020:11928.
¹⁶² Disponible en: https://www.feantsa.org/download/ethos_spain-24518105836657575492.pdf (última visita 3 de marzo de 2021).
¹⁶³ ECLI:ES:APVI:2019:552.
¹⁶⁴ STEDH de 6 de noviembre de 2018 *Caso F.J.M. contra Reino Unido*, núm. 76202/16, apartados, 41 y sigs.
¹⁶⁵ En este sentido pueden reproducirse las reflexiones que realizaba en 2009 KOCH, 2009, 125: «until now it has to be concluded that an obligation to provide for (lawful) housing under the ECHR has only been suggested in an even very cautious way and primarily with regard to exceptional circumstances or very vulnerable groups. It has, however, been suggested, and one cannot exclude that the examination of future cases will add to the legal content of Article 8».
¹⁶⁶ CCPR/C/ESP/6.
¹⁶⁷ En el mismo sentido, ARIZA COLMENAREJO, 2018: «Por otro lado, nada hace pensar que los servicios públicos puedan negarse a prestar asistencia, por lo que habrá que estar al expediente administrativo que se inste, valorar la dotación presupuestaria para hacer frente a estas situaciones, y establecer medidas adecuadas para resolver estas cuestiones, lo cual queda en manos de la Administración pública».
¹⁶⁸ El Consejo General del Trabajo Social ya expuso sus dudas en torno a la posibilidad de que los Ayuntamientos puedan absorber las potenciales demandas, fuente: Sofía PÉREZ MENDOZA, Eldiario.es, *La reforma para acelerar los desalojos heredada del PP solo deja siete días a los servicios sociales para actuar*, 14 de junio de 2018. Disponible en: https://www.eldiario.es/politica/acelerar-desalojos-heredada-PP-servicios_0_781822792.html (última visita 3 de marzo de 2021).
¹⁶⁹ ECLI:ES:APB:2020:12575.
¹⁷⁰ STEDH de 4 de agosto de 2020 *Caso Kaminskas contra Lituania*, no. 44817/2018, apartados 54 y sigs.
¹⁷¹ De acuerdo con el Dr. Grzegorz Matusik (Universidad de Silesia, Polonia), conferencia «Types of tenancy agreements as ways of satisfying tenants housing needs. Distribution of contract risk in different types of tenancy agreement» impartida en el marco del Master Universitario en Derecho de la Empresa y la Contratación de la Universidad Rovira i Virgili (24 de febrero de 2021).
¹⁷² Así ha sido el caso de la Comunidad de Madrid.
¹⁷³ El Informe Anual del año 2016 del Defensor del Pueblo ponía de relieve que los que padecen las molestias de las ocupaciones ilegales de viviendas «vuelven a dirigirse este año para mostrar su disconformidad porque algunas administraciones han considerado oportuno otorgar un régimen excepcional de alquiler de viviendas a favor de ocupantes sin título suficiente, cuyos derechos de propiedad o posesorios corresponden a la Administración», ver DEFENSOR DEL PUEBLO, 2017.
¹⁷⁴ ECLI:ES:APCC:2018:128.

*Trabajo recibido el 4-3-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

El concepto de orden público en el Reglamento Bruselas II, Reglamento de alimentos y Reglamento de sucesiones*

The concept of public order in the Brussels II Regulation, the maintenance and succession Regulations

por

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA
Profesora contratada. Doctora. Universidad de Sevilla.

RESUMEN: En este estudio se analiza el orden público internacional como motivo de denegación en el reconocimiento y ejecución en tres reglamentos europeos, el Reglamento Bruselas II en materia de responsabilidad parental, el Reglamento de alimentos y el Reglamento de sucesiones, en los cuales el Derecho de familia es el protagonista, participando con el Derecho patrimonial. También estudiaremos la cláusula de orden público en el Reglamento de sucesiones. El orden público como excepción o como

* Este trabajo se inserta en el Programa Operativo FEDER 2014-2020 y de la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. Referencia del Proyecto: FEDER-UCA18-105497.

motivo de denegación, está determinado por la ley del foro, no obstante, tendremos que atender a los límites impuestos por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y contemplaremos un orden público europeo. En el análisis del orden público en los reglamentos apuntados, también especificaremos cuándo y cómo se aplica.

ABSTRACT: This study analyzes international public order as a reason for refusal in recognition and enforcement in three European regulations, the Brussels II Regulation on parental responsibility, the Maintenance Regulation and the Succession Regulation, in which family law is the protagonist, participating with the Property Law. We will also study the public order clause in the Succession Regulations. The law of the forum determines public order as an exception or as a reason for refusal, however, we will have to comply with the limits imposed by the Court of Justice of the European Union and we will contemplate a European public order. In the analysis of public order in the targeted regulations, we will also specify when and how it is applied.

PALABRAS CLAVE: Orden público internacional. Reglamento Bruselas II. Reglamento de alimentos. Reglamento de sucesiones. Cláusula de orden público.

KEY WORDS: *International public order. Brussels II Regulation. Maintenance Regulation. Succession Regulation. Public order clause.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II: 1. PRESENTACIÓN. 2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL ORDEN PÚBLICO. 3. DECLARACIÓN DE EJECUTORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL ORDEN PÚBLICO. 4. FUERZA EJECUTIVA DE DETERMINADAS RESOLUCIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA Y DE RESITUCIÓN DEL MENOR, Y EL ORDEN PÚBLICO. 5. EL ORDEN PÚBLICO EN LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN EL REGLAMENTO 2019/1111. 6. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO DE AUDIENCIA DEL MENOR COMO INTEGRADORES DEL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II: A) *El principio del interés superior del menor.* B) *El derecho de audiencia del menor.*—III. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE ALIMENTOS: 1. PRESENTACIÓN. 2. EL RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS VINCULADOS POR EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007 Y EL ORDEN PÚBLICO. 3. EL RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIO-

NES DICTADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS NO VINCULADOS POR EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007 Y EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN.

—IV. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE SUCESIONES:

1. PRESENTACIÓN. 2. LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE SUCESIONES. 3. EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y *EXEQUATUR* DE RESOLUCIONES SUCESORIAS EUROPEAS: A) *El procedimiento donde se invoca.* B) *La operatividad del orden público como motivo de denegación.*—V. EN CONCLUSIÓN. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La cláusula de orden público internacional está contemplada en todos los reglamentos europeos y convenios de Derecho internacional privado, tanto en materia de Derecho de familia y sucesiones, como de Derecho patrimonial. Es una cláusula general, en casi todos los casos¹, que se remite al orden público internacional del foro², para no aplicar la ley extranjera determinada por la norma de conflicto.

Así, en el Derecho internacional de familia y sucesiones, en el artículo 12 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (DO L 343/10, de 29 de diciembre de 2010), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III); en el artículo 35 del Reglamento (UE) no 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 (DO L 201/107, de 27 de julio de 2012) relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Reglamento de sucesiones); en el artículo 31 del Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016 (DO L 183/1 de 8 de julio de 2016), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales; y en el artículo 31 del Reglamento (UE) núm. 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016 (DO L 183/30, de 8 de julio de 2016), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. En cuanto a los instrumentos internacionales: en el artículo 22 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010); en el artículo 13 del

Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (Decisión 2009/941/CE, del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea). También en el artículo 4 del Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 sobre ley aplicable a los nombres y a los apellidos.

En el Derecho internacional patrimonial, en el artículo 21 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 (DO L 177/6, de 4 de julio de 2008), sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y en el artículo 26 del Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 (DO L 199/40, de 31 de julio de 2007), relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II). También en Convenios internacionales, como en el artículo 10 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 (BOE núm. 21, de 25 de enero de 1989), sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos; y en el artículo 10 del Convenio de La Haya de 4 de mayo 1971 (BOE núm. 264, de 4 de noviembre de 1987) sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera.

Del mismo modo, el orden público interviene como motivo para denegar el reconocimiento o la ejecución de una decisión de otro Estado miembro.

Así, en el artículo 34. 1) del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000 (DO L 12, de 16 de enero de 2001), relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que con posterioridad al 10 de enero de 2015 se sustituye por el Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 (DO L 135/1, de 20 de diciembre de 2012), que regula el motivo de denegación del orden público en el artículo 45. a) Así mismo, en los artículos 22.a) y 23.a) el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (DO L 203, de 27.8.2002), relativo al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (Reglamento Bruselas II, también Bruselas II bis), que queda derogado a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 104), por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que regula el orden público como motivo de denegación en los artículos 38.a) y 39.1.a). Del mismo modo, se contempla el orden público como motivo de denegación en el artículo 24 a), del Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (Reglamento de alimentos), para las «resoluciones dictadas por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007». En materia

de sucesiones, el Reglamento de sucesiones, establece el orden público como motivo de denegación en el artículo 40 a). Y, en los últimos Reglamentos, se regula el motivo de denegación del orden público en el artículo 37.a) tanto en el Reglamento 2016/1103 como en el Reglamento 2016/1104.

Nos ocupamos del motivo de denegación del orden público en dos reglamentos de Derecho de familia, el Reglamento Bruselas II, en materia de responsabilidad parental y en el Reglamento 4/2009, de alimentos; y en el Reglamento 650/2012, en materia de sucesiones, en este último también analizaremos la cláusula de orden público.

En estos tres reglamentos analizaremos si lo qué se entiende por orden público difiere en cada uno de ellos, pues si bien estamos en el ámbito de Derecho de familia, también están relacionados con el Derecho patrimonial, de manera evidente en el Reglamento de alimentos y en el Reglamento de sucesiones.

Por otra parte, estudiaremos si conciben un orden público «europeo» que sustituya al concepto de orden público en los ordenamientos nacionales³: si los reglamentos vinculan a los Estados miembros, los principios esenciales del Derecho de la Unión Europea pueden ser también valores del Derecho vigente aplicable en el Estado miembro del foro⁴. Distinguiendo, también, entre orden público material y orden público procesal, cuando el valor fundamental que se protege es el principio de tutela judicial efectiva.

Respecto el orden público como motivo de denegación, el Tribunal de Justicia de Unión europea (TJUE), ha precisado «que, si bien no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante, sí le corresponde controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante». Límites que puede fijar en la aplicación de cada uno de los reglamentos indicados⁵.

II. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II

1. PRESENTACIÓN

El Reglamento Bruselas II regula la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales europeas⁶, en materia de crisis matrimonial y responsabilidad parental⁷.

En materia de crisis matrimonial, las resoluciones judiciales relativas al divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial, el Reglamento solo se aplica a la disolución del matrimonio, sin ocuparse de problemas tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio

u otras posibles medidas accesorias (considerando 8 del Reglamento Bruselas II). En consecuencia, nada hay que ejecutar. Cuando haya que reconocer una resolución europea en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial, el reconocimiento es «automático»⁸, sin procedimiento de homologación, con control de regularidad por el Estado requerido.

Sin embargo, cualquiera de las partes interesadas podrá, de conformidad con el procedimiento de homologación regulado en el Reglamento Bruselas II (arts. 28 a 35)⁹, solicitar que se resuelva sobre el reconocimiento o no reconocimiento de una resolución. Pudiendo denegarse dicho reconocimiento por los motivos que regula el artículo 22, encontrándose en primer lugar el orden público. Qué se entiende por orden público dependerá del órgano jurisdiccional o autoridad que conoce del asunto de crisis matrimonial; no obstante, no podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos (art. 25).

Nos centramos en la materia de responsabilidad parental¹⁰, pues es la ejecución de resoluciones europeas en este ámbito donde el motivo de orden público tiene ciertas peculiaridades que pueden conducir a un concepto más autónomo en el espacio europeo.

Para ello diferenciaremos entre el reconocimiento de las resoluciones de las medidas de responsabilidad parental, de su ejecución y de la particularidad de determinadas resoluciones de derecho a visita y de restitución del menor. Estas últimas pueden tener fuerza ejecutiva en todos los Estados miembros sin necesidad de procedimiento adicional alguno, siempre que sean certificadas como ejecutivas en el Estado miembro de origen.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LAS RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL ORDEN PÚBLICO

El reconocimiento de las medidas en relación con los menores o sus bienes con repercusión transfronteriza dictadas por un Estado miembro es, como en materia de crisis matrimonial, «automático»: «las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno» (art. 21.1).

No obstante, cualesquiera de las partes interesadas podrán instar el reconocimiento o no reconocimiento a título principal o definitivo (art. 21.3), a través del procedimiento de homologación o *exequatur*¹¹ regulado en los artículos 28 a 35 del Reglamento Bruselas II. Este procedimiento se desarrolla en dos fases.

En la primera, no contradictoria, que se inicia con la presentación de la solicitud de reconocimiento o no reconocimiento¹², no podrán presentar alegaciones ni el menor ni la persona contra la cual se solicite el reconocimiento o no reconocimiento. En la segunda fase del procedimiento de homologación, que es la fase contradictoria, la resolución en materia de responsabilidad parental podrá ser recurrida por cualquiera de las partes (los titulares de la responsabilidad parental, el menor o el Ministerio Fiscal) en primera y segunda instancia (arts. 33 y 34).

La solicitud solo podrá ser denegada, por el órgano jurisdiccional del Estado requerido, por alguno de los motivos previstos en el artículo 23, al igual que se pueden alegar estos motivos por las partes en los recursos que interpongan.

El primero de los motivos de denegación¹³: «si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor». Expresamente, pues, se establece el orden público como motivo de denegación, «manifiestamente contrario», teniendo en cuenta el «interés superior del menor». Concepto jurídico indeterminado que precisará el órgano jurisdiccional o autoridad del Estado miembro que conoce del reconocimiento o ejecución, en cada caso concreto, y que analizaremos.

Además, se establece como motivo de denegación que la resolución se hubiera dictado, excepto en casos de urgencia, «sin haber dado posibilidad de audiencia al menor, en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido», que también veremos.

No obstante, el criterio de orden público no podrá aplicarse, ni para controlar la competencia judicial conforme a las normas del propio Reglamento (art. 24), ni para revisar el fondo de la resolución en materia de responsabilidad parental (art. 26).

Se distingue en estos motivos de denegación regulados en el Reglamento Bruselas II, en relación con el orden público, entre el llamado orden público material: cuando el reconocimiento de la resolución en materia de responsabilidad parental es contrario a los principios y valores esenciales del Estado requerido, interpretado en torno al interés superior del menor; y el orden público procesal: cuando se ha vulnerado el principio de la tutela judicial efectiva, en concreto, por no haber dado posibilidad de audiencia al menor en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido.

Estos mismos motivos de denegación se pueden oponer para denegar la solicitud de declaración de ejecutoriedad que se presentará ante los órganos jurisdiccionales de Estado miembro (art. 31) o para recurrir la concesión de esta solicitud por alguna de las partes (arts. 33 y 34). Lo analizaremos conjuntamente.

3. DECLARACIÓN DE EJECUTORIEDAD DE LAS RESOLUCIONES DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y EL ORDEN PÚBLICO

Para que las resoluciones sobre las medidas (ejecutivas en el Estado miembro de origen) de responsabilidad parental sean declaradas ejecutivas en otro Estado miembro¹⁴, será necesario que se inste, por cualquier parte interesada, un procedimiento de ejecución (necesario para el reconocimiento a título principal o definitivo), que regulan los artículos 28 a 35, visto. A la solicitud de ejecución también habrán de acompañarse los documentos que regulan los artículos 37 a 39, destacando la copia auténtica de la resolución y el certificado que figura en el anexo II del Reglamento Bruselas II donde se hace constar que la resolución es ejecutiva en el Estado miembro de origen y que se ha notificado a la otra parte.

En este procedimiento de *exequatur* es posible denegar la ejecución por el órgano jurisdiccional o autoridad el Estado requerido, por algunos de los motivos del artículo 23, entre ellos la vulneración del orden público, teniendo en cuenta el interés del menor (a) y la falta de posibilidad de audiencia del menor (b). Del mismo modo, podrán recurrir cualquiera de las partes por estos motivos.

Por tanto, el motivo de denegación del orden público por el cual los órganos jurisdiccionales o autoridades europeas pueden denegar el reconocimiento o la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad, o las partes interesadas interponer el recurso, debe ser interpretado por el principio del interés superior del menor; y también puede denegarse, tanto el reconocimiento como la ejecución, por vulneración del orden público procesal, por no haber dado posibilidad de audiencia al menor (en violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido), salvo en el supuesto de medidas cautelares o provisionales.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en relación con la aplicación del motivo de denegación del orden público del artículo 23 a) de este Reglamento, disponiendo una interpretación restrictiva. Así, la Sentencia del TJUE de 19 de noviembre de 2015, asunto C-455/15, *P y Q*¹⁵, establece (apartado 39) que, solo debería recurrirse a la cláusula de orden público que figura en el artículo 23, letra a), del Reglamento 2201/2003 en el caso de que, habida cuenta del interés superior del menor, el reconocimiento de la resolución dictada en otro Estado miembro vulnerara de manera inaceptable el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución dictada en otro Estado miembro, prevista en el artículo 26 del mismo Reglamento¹⁶, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor, de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento ju-

rídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento. También recuerda (apartado 42) que, el artículo 24 de dicho Reglamento prohíbe todo control de la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen, y, precisa, que el artículo 23, letra a), del mismo Reglamento no puede utilizarse para proceder a tal control¹⁷.

En la operatividad del orden público en esta materia, es posible la declaración de ejecutividad parcial (art. 36); es decir, cuando la resolución europea se pronuncie sobre varias pretensiones en materia de responsabilidad parental y no se pueda declarar la ejecución de una de ellas porque sea contraria al orden público del Estado requerido, el órgano jurisdiccional competente puede conceder la ejecución de las demás (si no concurren ningún otro motivo de denegación).

4. FUERZA EJECUTIVA DE DETERMINADAS RESOLUCIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA Y DE RESTITUCIÓN DEL MENOR, Y EL ORDEN PÚBLICO

Las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución del menor posterior una resolución de no restitución¹⁸ que hayan sido certificadas en el Estado miembro de origen de conformidad con las disposiciones del Reglamento del Bruselas II, pueden ser reconocidas y gozar de fuerza ejecutiva en todos los demás Estados miembros, sin necesidad de procedimiento adicional alguno. No obstante, al titular de la responsabilidad parental no se le impide instar el reconocimiento y la ejecución de estas resoluciones judiciales conforme a las disposiciones que regulan el procedimiento de homologación de este Reglamento (art. 40.2).

Por tanto, se posibilita que para ejecutar las resoluciones del derecho de visita o de la restitución del menor posterior a una resolución de no restitución, entre Estados miembros, se suprima el procedimiento de *exequatur*, fruto de la confianza mutua en el espacio de integración europea, lo que facilita que estas resoluciones circulen libremente¹⁹.

Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen que han dictado este tipo de resoluciones²⁰, deben emitir un certificado que cumpla determinadas condiciones, conforme a lo que disponen los artículos 41 y 42 del Reglamento Bruselas II, que consten en un modelo de formulario contenido en los anexos. De tal forma, que se confía que el Estado de origen haya cumplido lo que certifica, para que estas resoluciones puedan ejecutarse en los demás Estados miembros, sin necesidad de *exequatur* o procedimiento de homologación.

Entre los requisitos que se exigen en el certificado: que no se haya vulnerado el derecho de defensa del demandado y que se haya dado audiencia al menor y a las partes (art. 41.2 y 42.2). Como observamos, no contempla

el orden público material interpretado conforme el principio del interés superior del menor; pero sí se regula entre las condiciones del certificado, «si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez» (art. 41.2, c] y 42.2, a)).

El certificado que se expide para facilitar la ejecución de estas resoluciones no debe ser susceptible de recurso alguno. Contra él solo debe caber un procedimiento de rectificación en caso de error material, es decir, si el certificado no refleja correctamente el contenido de la resolución judicial.

Las resoluciones de derecho de visita y de restitución del menor (posterior a una resolución de no restitución) certificadas por los órganos jurisdiccionales europeos de origen, cumplidas todas las condiciones, serán ejecutadas directamente en todos los demás Estados miembros de ejecución en las mismas condiciones que si hubiese sido dictada en dicho Estado miembro. Se exige a la parte que invocare la ejecución de una de estas resoluciones, que presente: a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, y b) el certificado mencionado en el apartado 1 del artículo 41 o en el apartado 1 del artículo 42, utilizando el modelo de formulario que figura en el anexo III y en el anexo IV del Reglamento 2201/2003, respectivamente.

El procedimiento de ejecución se registrará por la ley del Estado miembro de ejecución; no obstante, dispone el artículo 47 que no podrán ejecutarse las resoluciones de derecho de visita y restitución del menor (certificadas de conformidad con el apartado 1 del artículo 41 o el apartado 1 del artículo 42) que sean incompatibles con una resolución ejecutiva dictada con posterioridad. Pero solo por ese motivo de denegación, no se contempla aquí la vulneración manifiesta del orden público del Estado requerido.

En consecuencia, en el Reglamento Bruselas II para facilitar la libre circulación de determinadas resoluciones en materia de derecho de visita y de restitución del menor, y por la confianza europea, no puede invocarse como motivo de denegación el orden público, teniendo en cuenta el interés superior del menor. Así, se hace constar en la STJUE, de 1 de julio de 2010, C-211/10, Caso *Povse*²¹, que la ejecución de una resolución certificada no puede denegarse en el Estado miembro de la ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecidas tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del interés superior del menor. Tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de la resolución.

Sin embargo, deberemos tener en cuenta el superior interés del menor cuando cambien las circunstancias, y así lo hace el nuevo reglamento europeo.

5. EL ORDEN PÚBLICO EN LA EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EN EL REGLAMENTO 2019/1111

El Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, cuando comience a aplicarse el 1 de agosto de 2022, regula la fuerza ejecutiva de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, suprimiendo el procedimiento de homologación en el Estado miembro de ejecución²².

No obstante, la supresión del *exequatur* no implica que se haya eliminado todo control en el Estado requerido, se mantienen los motivos de denegación, que pueden ser alegados por una de las partes o de oficio. Estos motivos de denegación, aunque son mínimos, tienen por objeto principal en materia de responsabilidad parental proteger de forma eficaz el interés superior del menor (considerando 55).

Así, en el artículo 39. 1, a) se dispone que se denegará el reconocimiento (y la ejecución: artículo 41)²³ de una resolución en materia de responsabilidad parental si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento, teniendo en cuenta el «interés superior del menor».

Y, se añade un apartado específico, para denegar el reconocimiento y la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental: «por privar al menor de su derecho de audiencia». Aunque este derecho está limitado, pues dispone el segundo apartado del artículo 39 que, «podrá denegarse el reconocimiento de una resolución en materia de responsabilidad parental si este se concedió sin que el menor capaz de formarse su propio juicio haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21, excepto en los casos en que²⁴: a) el procedimiento solo afectó a los bienes del menor y siempre que no se requiriera dar dicha oportunidad al menor, habida cuenta del objeto del procedimiento; o b) existían motivos fundados habida cuenta, en particular, de la urgencia del asunto».

Por otra parte, se conserva un trato más favorable en relación con las decisiones de derecho a visita y de restitución del menor (art. 42), pues como en el Reglamento Bruselas II (y, también, con carácter facultativo), las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros deben ser tratadas como si se hubieran dictado en el Estado miembro de ejecución (art. 51). No obstante, estas resoluciones deben estar certificadas en el Estado miembro de origen, y, entre las condiciones exigidas: «que se ha dado al menor la posibilidad de expresar su opinión». Este certificado podrá ser objeto de rectificación por error material u omisión y, también de revocación cuando se haya expedido de manera indebida por no cumplirse los requisitos (art. 48). Solo se denegará el reconocimiento y

la ejecución en los casos que estas resoluciones sean inconciliables con una resolución posterior (art. 50).

Como novedad en el Reglamento 2019/1111, si bien el procedimiento de ejecución de las resoluciones dictadas en otro Estado miembro se regirá por el Derecho del Estado miembro de ejecución, se tiene en cuenta «el interés superior del menor» en la ejecución de este tipo de resoluciones cuando cambien las circunstancias que impliquen riesgo físico o psíquico para el menor.

Así, se establece en el artículo 56, en el apartado cuarto, que, en casos excepcionales, la autoridad o el órgano jurisdiccional competente para la ejecución, podrán suspender —a instancia de la persona contra la que se inste la ejecución (o, cuando así se establezca en la legislación nacional, del menor afectado o de cualquier parte interesada que actúe atendiendo al interés superior del menor)— el procedimiento de ejecución en caso de que la ejecución exponga al menor a un riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias. La ejecución se reanudará tan pronto como deje de existir el riesgo grave de daño físico o psíquico. No obstante, dispone el apartado seis, que cuando este riesgo grave contemplado tenga carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución (antes de denegar la ejecución, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional tomarán las medidas oportunas para facilitar la ejecución de conformidad con la legislación y el procedimiento nacional y atendiendo al interés superior del menor).

Como indicamos, el orden público en el Reglamento Bruselas II, y en su modificación en el Reglamento 2019/1111, está relacionado con el interés superior del menor; y, también, respecto al orden público procesal, con el derecho de audiencia al mismo²⁵ (o posibilidad de expresar su opinión). Analizamos a qué nos referimos para alegarlos como motivo de denegación por vulneración del orden público entre los Estados miembros.

6. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL DERECHO DE AUDIENCIA DEL MENOR COMO INTEGRADORES DEL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II

A) El principio del interés superior del menor

Hemos visto, como es motivo de denegación del reconocimiento y de la ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental en

el Reglamento Bruselas II, en primer lugar, «cuando fuere manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido, teniendo en cuenta el interés superior del menor» (art. 23, a)).

Es decir, respecto al motivo reseñado, no se reconocerá, ni ejecutará una resolución de materia de responsabilidad parental cuando sea contrario al orden público material del Estado requerido, a sus principios y valores fundamentales²⁶, y normas esenciales, como vimos interpreta la STJUE de 19 de noviembre de 2015 (asunto C-455/15), principalmente en consideración al interés superior del menor²⁷.

En el Reglamento de Bruselas II, el interés superior del menor interviene no solo en reconocimiento y ejecución, además, las normas de competencia judicial internacional están concebidas en función del interés superior del menor (como señala el considerando 12)²⁸. Pero no se define²⁹.

Este interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado que aducen los órganos jurisdiccionales para denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental, cuando, por ejemplo, se encuentran una resolución extranjera que admita la renuncia de los padres a la patria potestad a favor de un tercero (Sentencia núm. 278/2013 del Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona de 13 de noviembre de 2013), o una resolución extranjera que discrimine por razón de sexo la atribución del ejercicio de la patria potestad (Sentencia núm. 26/2016 de la AP de Vitoria-Gasteiz de 1 de febrero de 2016).

En el Reglamento 2019/1111, se contempla, como vimos, para denegar el reconocimiento y ejecución, sin procedimiento de *exequatur*, de una resolución europea en materia de responsabilidad parental. Y, además, aclara qué se entiende por interés superior del menor por remisión a normas internacionales³⁰. Así en el considerando 19 se establece que cualquier referencia al interés superior del menor debe interpretarse a la luz del artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales.

De la Convención de Naciones Unidas se puede deducir el contenido de este interés superior del niño (art. 3.1), que está integrado por una serie de derechos: el derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos (art. 7); el derecho a su identidad reconociéndole el derecho al nombre y la nacionalidad (art. 8); el derecho a relacionarse con ambos padres cuando estos estén en Estados distintos (arts. 9 y 10); el derecho a la educación (art. 28). Y el derecho a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten (art. 12), que junto a otras garantías procesales (art. 40), constituye el orden público procesal.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el artículo 24, se recoge este interés superior del menor y su contenido, integrando el orden público material y procesal entre los Estados miembros en el ámbito de la responsabilidad parental. Así, el artículo 24, que lleva por título «derechos de los menores», dispone: «Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Esta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez. 2. En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial. 3. Todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses».

En el mismo sentido, debemos hacer referencia al Comité de los Derechos del niño que en la Observación General³¹ número 14, publicada el 29 de mayo de 2013, considera el interés superior del menor como un derecho, que abarca tres dimensiones: es un derecho sustantivo, un principio interpretativo fundamental y una norma de procedimiento que enlace con el derecho de audiencia del menor.

Así, como derecho sustantivo, el interés superior del menor integra el orden público material en materia de responsabilidad parental: derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada (apartado primero de la Observación 14). Todos los Estados parte deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivo este derecho (apartado trece de la Observación 14).

Y, como criterios generales de interpretación del interés superior del menor en cada caso se tendrán en cuenta³²:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones

familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

No obstante, estos criterios generales, para determinar el interés superior del menor, habrán de ponderarse teniendo en cuenta, aparte de atender a cada caso: la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, y la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad (ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante).

B) El derecho de audiencia del menor

La falta de audiencia al menor se regula como motivo de denegación del reconocimiento de una decisión en materia de responsabilidad parental [art. 23, b) del Reglamento Bruselas II], salvo en los casos en que se hayan adoptado por el órgano jurisdiccional de origen medidas provisionales o cautelares. No obstante, aunque no se especifican las posibles limitaciones de este derecho³³, solo opera este motivo cuando implique una violación de principios fundamentales de procedimiento del Estado miembro requerido.

Al derecho de audiencia del menor también se refiere el considerando 19 del Reglamento Bruselas II: la audiencia del menor desempeña un papel importante en la aplicación del Reglamento, pero sin que implique modificar los procedimientos nacionales aplicables en la materia³⁴.

Además, en el considerando 20, se establece que, la audiencia de un menor en otro Estado miembro puede realizarse por los procedimientos establecidos en el Reglamento (CE) núm. 1206/2001 del Consejo, de 28 de

mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil³⁵.

Precisando, entre las condiciones que debe contener el certificado de origen para que las resoluciones de derecho de visita o restitución del menor sean ejecutadas en todos los Estados miembros, que cuando es necesaria la audiencia del menor se contemple «la edad y el grado de madurez del menor» para exigir esta (art. 41. 2 a) y art. 42. 2 c))³⁶.

La Sentencia TJCE, de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga-Simone Pelz*³⁷, interpreta este derecho fijando sus límites: el derecho del menor a ser oído no requiere que se lleve a cabo necesariamente una audiencia ante el juez del Estado miembro de origen, sino que se exige poner a disposición de ese menor los procedimientos y condiciones legales que le permitan expresar libremente su opinión y que esta sea considerada por el juez. De tal forma que, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales.

En el Reglamento 2019/1111, se determinan los límites de la audiencia del menor en el considerando 39:

Así, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal europeo, que, aunque el artículo 24 de la Carta y el Reglamento Bruselas II no obligan al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho órgano jurisdiccional; no obstante, cuando este decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia: todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional (como el Reglamento 1206/2001 en materia de obtención de prueba entre los Estados miembro). De tal manera, que a la hora de valorar el interés del menor se debe tener en cuenta su opinión, siempre que tenga posibilidad real y efectiva de expresarla, como límite de interpretación y aplicación de esta cláusula especial de orden público procesal.

En conclusión, el orden público en el Reglamento Bruselas II interviene para no reconocer ni ejecutar resoluciones europeas en materia de responsabilidad parental cuando se haya vulnerado el interés superior del menor, especialmente cuando no se le haya dado la posibilidad de expresarse libremente en el procedimiento del Estado de origen. Siempre y cuando tenga posibilidad de expresar su opinión teniendo en cuenta su edad y grado de madurez.

El derecho de audiencia del menor no es una obligación absoluta, ni automática, ni discrecional del órgano jurisdiccional del Estado requerido, pues debe evaluarse atendiendo a su interés superior. Como indica el Reglamento 2019/1111 (considerando 57), los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución no pueden denegar la ejecución de una resolución por el único motivo de que no se haya dado al menor la oportunidad de expresarse, teniendo en cuenta su interés superior: si el procedimiento solo afectaba a los bienes del menor (y a condición de que no se requiriera la audiencia del menor habida cuenta del objeto del procedimiento), o si existían motivos fundados para no dar esa oportunidad al menor debido, en particular, a la urgencia del asunto. Tales motivos fundados podrían darse, por ejemplo, en caso de que existiera un peligro inminente para la integridad física o psíquica o la vida del menor y que una demora adicional pudiera suponer la materialización de dicho peligro.

III. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE ALIMENTOS

1. PRESENTACIÓN

El Reglamento de alimentos regula la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de las resoluciones en materia de alimentos entre parientes, familia o afines, con repercusión transfronteriza³⁸. El Reglamento prevé que, para los Estados miembros que estén vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007³⁹, las disposiciones relativas a las normas de conflicto de leyes aplicables son las previstas en dicho Protocolo⁴⁰. Como consecuencia, a efectos del reconocimiento, de la fuerza ejecutiva y de la ejecución de resoluciones⁴¹, se distingue entre los Estados miembros que están vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 y los que no lo están (tal y como establece el artículo 16 del Reglamento de alimentos)⁴².

El orden público, como vulneración de los principios y valores fundamentales, no siempre se regula como motivo de denegación en el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en este Reglamento en materia de obligaciones alimenticias: debemos distinguir entre el reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución de las resoluciones dictadas por los Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, y las resoluciones dictadas por los Estados miembros no vinculados (Reino Unido⁴³ y Dinamarca)⁴⁴.

El derecho de alimentos como un derecho fundamental es reconocido en el artículo 25.1 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, en el artículo 11.1 del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales de 19 de diciembre de 1966, y

en el artículo 27.4 del Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

2. EL RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS VINCULADOS POR EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007 Y EL ORDEN PÚBLICO

Las resoluciones en materia de alimentos dictadas en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, serán reconocidas y tendrán fuerza ejecutiva (si son ejecutivas en el Estado de origen) en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a proceso alguno (reconocimiento y ejecución «automáticos»). Se suprime el procedimiento de homologación o *exequatur* (art. 17 del Reglamento de alimentos)⁴⁵, para simplificar la ejecución de las resoluciones entre estos Estados miembros vinculados por el Protocolo. El Reglamento tiene uno de los objetivos fundamentales facilitar el cobro de los créditos alimenticios internacionales (considerandos 9 y 22 del Reglamento de alimentos)⁴⁶.

No obstante, el demandado que no haya comparecido en el Estado miembro de origen tendrá derecho a solicitar reexamen de la resolución ante el órgano jurisdiccional competente de dicho Estado miembro cuando: a) el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente no se le haya notificado con antelación suficiente y de manera tal que haya podido organizar su defensa, o b) no haya podido impugnar la reclamación de alimentos por causa de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias, ajenas a su responsabilidad, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución, cuando hubiera podido hacerlo (art. 19 del Reglamento de alimentos)⁴⁷.

Respecto a si es posible alegar por parte del demandado algún motivo de denegación a la ejecución de la resolución de alimentos en el Estado de ejecución, dispone el artículo 21 del Reglamento de alimentos: que se podrá denegar la resolución de origen cuando fuera incompatible con una resolución dictada en el Estado miembro de ejecución o con una resolución dictada en otro Estado miembro o en otro Estado que reúna las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de ejecución; o cuando el derecho a obtener la ejecución de dicha resolución haya prescrito ya sea en virtud del Derecho del Estado miembro de origen o en virtud del Derecho del Estado miembro de ejecución, si este estableciera un plazo de prescripción más largo⁴⁸.

Como vemos, el reconocimiento o ejecución de estas resoluciones entre Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 no pueden ser denegadas, ni sometidas a un reexamen en el Estado requerido, por el motivo de que sean contrarias de manera manifiesta al orden público.

El problema se plantea cuando haya que reconocer o ejecutar una resolución en materia de alimentos que nazca de una relación entre personas, no reconocida en el Estado requerido; por ejemplo, sería el caso de parejas de hecho registradas o no registradas⁴⁹. Entonces no podrá denegarse ni el reconocimiento ni la ejecución de esa resolución en materia de alimentos (no debida a un contrato) por ser contraria al orden público del Estado requerido, si nos encontramos entre Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007. Por otra parte, como dispone el artículo 22 del Reglamento de alimentos, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos en virtud del Reglamento, no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución.

En relación con el orden público procesal, tampoco podría denegarse el reconocimiento ni la ejecución, si se ha vulnerado el derecho de defensa del demandado por falta de notificación en tiempo y forma, falta de audiencia o por cualquier otra causa procesal. Aunque se garantiza el derecho de reexamen del demandado rebelde en el Estado de origen por falta de notificación en tiempo y forma, o cuando no haya podido impugnar la reclamación de alimentos por causa de fuerza mayor (art. 19).

La limitación de los motivos de denegación en el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de alimentos entre Estados miembros que aplican las mismas normas de conflicto unificadas, por estar vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, tiene como objetivo principal facilitar el cobro transfronterizo de los créditos alimenticios.

En consecuencia, tiene sentido que no se alegue como motivo de denegación la vulneración del orden público material, al confiar que entre estos Estados vinculados por el Protocolo se aplican las mismas leyes que garanticen los alimentos. Respecto a la posible vulneración de las garantías procesales, que impida el cumplimiento de las obligaciones alimenticias, puede considerarse suficiente el derecho de reexamen del demandado rebelde en el Estado de origen por falta de notificación en tiempo y forma, o cuando no haya podido impugnar la reclamación de alimentos por causa de fuerza mayor.

3. EL RECONOCIMIENTO, FUERZA EJECUTIVA Y EJECUCIÓN DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LOS ESTADOS MIEMBROS NO VINCULADOS POR EL PROTOCOLO DE LA HAYA DE 2007 Y EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN

En las resoluciones en materia de alimentos dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 (Reino Unido⁵⁰ y Dinamarca), hay que distinguir entre reconocimiento y ejecución.

Así, dispone el artículo 23 del Reglamento de alimentos, que serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (reconocimiento «automático»). Sin embargo, en caso de oposición, cualquier parte interesada que invoque el reconocimiento de una resolución de alimentos a título principal podrá solicitar que se inste el procedimiento de homologación o *exequatur* en el Estado requerido.

El *exequatur* siempre será necesario para ejecutar las resoluciones en materia de alimentos en el Estado de ejecución entre Estados no vinculados por el Protocolo (art. 26 del Reglamento de alimentos).

El procedimiento para declarar ejecutiva la resolución en materia de alimentos viene regulado en los artículos 28 a 38 del Reglamento de alimentos y consta de dos fases⁵¹. La primera fase no contradictoria, en la que el órgano jurisdiccional competente para conocer de este proceso (art. 27) no analiza si concurre alguno de los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución regulados en el artículo 24 del Reglamento de alimentos. Otorgará la ejecución una vez concluidos los trámites de presentación de documentos y traducción regulados en el artículo 28 (o, a más tardar, en los 30 días siguientes a la conclusión de dichos trámites, salvo impedimento debido a circunstancias excepcionales), y la parte contra la cual se solicite la ejecución no podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones.

La segunda fase del *exequatur*, la fase contradictoria, se inicia con la notificación inmediata al demandante y a la parte contra la que se haya solicitado la ejecución, de la resolución dictada sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución (art. 31). La resolución sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución podrá ser recurrida por cualquiera de las partes (arts. 32 y 33). El órgano jurisdiccional que conozca del recurso solo podrá desestimar o revocar el otorgamiento de la ejecución por alguno de los motivos indicados en el artículo 24 del Reglamento de alimentos.

Entre los motivos de denegación de una resolución de Estado miembro no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007⁵², se encuentra, para denegar el reconocimiento o la ejecución, que sea manifiestamente contrario (o contraria) al orden público del Estado miembro en el que se solicita el mismo.

Este motivo de denegación debe ser interpretado restrictivamente, pues como dispone expresamente, solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución cuando sea «manifiestamente contrario». El no reconocimiento o ejecución de una resolución en materia de alimentos por que sea manifiestamente contrario (o contraria) al orden público material del Estado miembro en el que se solicita este, implica la no vulneración, con este reconocimiento o ejecución, de los principios y valores fundamentales del Estado requerido, pero no una revisión sobre fondo de la decisión de alimentos⁵³.

Precisándose en este motivo de denegación: «el criterio del orden público no podrá aplicarse a las reglas relativas a la competencia judicial internacional».

Debería denegarse el reconocimiento o la ejecución de una resolución en materia de alimentos por vulneración del orden público procesal, por otras causas que no sean que no se han respetado las normas de competencia internacional por el órgano jurisdiccional de origen. No obstante, no podría denegarse el reconocimiento o la ejecución por orden público procesal, si se ha vulnerado el derecho de defensa del demandado por falta de notificación en tiempo y forma, pues se trata de un motivo de denegación específico contemplado en el artículo 24, b) del Reglamento de alimentos.

Ejemplos de no reconocimiento o ejecución de una resolución en materia de obligaciones alimenticias por ir en contra del orden público procesal podrían ser: cuando se trata de una decisión dictada por el órgano jurisdiccional del Estado de origen sin conceder audiencia a alguna de las partes, o sin asistencia letrada cuando así lo requiera la ley del foro.

Los Estados no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, no aplican normas uniformes para garantizar la prestación de alimentos. En consecuencia, existe más control para evitar, por ejemplo, en su caso, el reconocimiento o ejecución de resoluciones en materia de alimentos entre personas con formas de convivencia no admitidas en el Estado requerido, o que discriminen al acreedor de alimentos (ignorando o reduciendo su cuantía) u ordenen la cesación de la obligación de alimentos por razones de sexo o religión o en contra del principio de igualdad⁵⁴. En el supuesto del reconocimiento y ejecución de una resolución sobre la pensión de alimentos de las diferentes esposas de un matrimonio poligámico, no reconocido en el Estado requerido, podría aplicarse la doctrina del efecto atenuado del orden público para evitar que no sea reconocida y ejecutada⁵⁵.

La alegación del motivo de denegación del orden público, no impide la fuerza ejecutiva parcial de la resolución (art. 37 del Reglamento de alimentos); es decir, cuando la resolución europea se pronuncie sobre varias pretensiones en materia de alimentos y no se pueda declarar la ejecución de una de ellas porque sea contraria, manifiestamente, al orden público del Estado requerido, el tribunal o autoridad competente puede declarar la ejecución de las demás (si no concurren ningún otro motivo de denegación).

IV. EL ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE SUCESIONES

1. PRESENTACIÓN

El Reglamento de sucesiones es un instrumento jurídico europeo que regula la competencia judicial internacional, la ley aplicable y el recono-

cimiento y ejecución en materia de sucesiones internacionales, así como la creación de un certificado sucesorio europeo. El ámbito de aplicación material se extiende a los aspectos civiles de la transmisión *mortis causa*⁵⁶, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposición *mortis causa*, ya de una transmisión abintestato, incluyendo también los pactos sucesorios.

El Reglamento establece como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 21.1). No obstante, la ley aplicable puede ser la de otro Estado, si, de forma excepcional, resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual (art. 21. 2).

El Reglamento también permite a los ciudadanos organizar su sucesión, mediante una norma de conflicto que regula la elección de la ley aplicable a esta (art. 22). Dicha elección debe limitarse a la ley de un Estado de su nacionalidad, para garantizar que exista una conexión entre el causante y la ley elegida, y para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los herederos forzosos.

Esta ley rige la totalidad de la sucesión, es decir, todos los bienes y derechos que formen parte de la herencia, con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en otro Estado miembro o en un tercer Estado (art. 21.1).

La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde su apertura hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren la herencia, tal como establece esa ley. Debe incluir cuestiones relativas a la administración de la herencia y a la responsabilidad por las deudas y cargas de esta (art. 26).

Si existe testamento, en la norma de conflicto dispuesta en el artículo 24 del Reglamento, se hace referencia a la ley que habría sido aplicable a la sucesión del causante que realizó la disposición *mortis causa* si hubiera fallecido en la fecha en que, según fuera el caso, realizó, modificó o revocó tal disposición. Esa indicación, se entiende a la ley del Estado de residencia habitual del causante en esa fecha, o, en caso de haber hecho una elección de ley en virtud del presente Reglamento, a la ley del Estado de su nacionalidad en dicha fecha.

El orden público en el Reglamento de sucesiones funciona como cláusula general de excepción en la aplicación de la ley extranjera determinada por sus normas de conflicto, exista o no testamento.

El Reglamento de sucesiones uniforma también la eficacia extraterritorial de decisiones y documentos públicos europeos, con los mecanismos de reconocimiento y *exequatur*. Como motivo de denegación de este reconoci-

miento y el *exequatur* de las resoluciones dictadas por un Estado miembro, así como en el reconocimiento y ejecución de documentos públicos europeos, regula el orden público tanto material como procesal.

Analizaremos si tanto como cláusula general y como motivo de denegación, el contenido del orden público sigue siendo distinto en cada Estado⁵⁷ o puede operar de la misma manera entre los Estados miembros vinculados por este Reglamento.

2. LA CLÁUSULA DE ORDEN PÚBLICO EN EL REGLAMENTO DE SUCESIONES

Una vez determinada la ley aplicable, por las normas de conflicto, si esta es una ley extranjera⁵⁸, puede intervenir la cláusula de orden público en materia sucesoria, tal y como regula el artículo 35 del Reglamento de sucesiones: «Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro». Es una cláusula de orden público general⁵⁹.

En cuanto al funcionamiento del orden público como excepción de la ley aplicable, y también como motivo de denegación, atendemos a lo que establece el considerando 58 del Reglamento de sucesiones: «en circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación⁶⁰».

Del artículo 35 y el considerando 58 del Reglamento de sucesiones se deducen las condiciones de aplicación del orden público, tanto como cláusula de excepción como motivo de denegación, que debe ser excepcional e interpretado restrictivamente⁶¹.

En relación con la cláusula de orden público, esta aplicación excepcional se deduce de los propios términos del artículo 35: solo podrá excluirse una disposición concreta de la ley de cualquier Estado, determinada por la norma de conflicto, y, solo cuando sea «manifiestamente contraria» al orden público del Estado miembro del foro.

El considerando 58, respecto a la cláusula de orden público, sigue exigiendo su aplicación excepcional y, añade que es una «posibilidad» (no una obligación) que pueden activar los órganos jurisdiccionales del foro, en «un caso concreto». Y se refiere a consideraciones de «interés público» para descartar la aplicación de determinadas disposiciones de la ley extranjera.

Pero, además, se induce que su aplicación depende de que la norma de conflicto del Reglamento de sucesiones determine una ley de Estado miembro o de un tercer Estado. En el supuesto que nos encontremos en el primer caso, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, principalmente el artículo 21, establece los límites del contenido del orden público entre los Estados miembros. Un Estado miembro que determine como ley aplicable la ley de otro Estado miembro no puede excepcionar su aplicación invocando el orden público si va en contra de los principios fundamentales de la Carta europea. En consecuencia, se produce cierta uniformidad en cuanto al contenido del orden público entre los Estados miembros⁶². Teniendo en cuenta que, si bien los Derechos materiales sucesorios de cada Estado miembro son distintos⁶³, la aplicación de la cláusula de orden público no puede impedir que se apliquen normas de otros Estados miembros, siempre que no vulneren los principios y valores fundamentales del Derecho del foro (basadas en consideraciones de «interés público» como establece el considerando 58)⁶⁴.

Distinto será cuando la ley aplicable determinada por las normas de conflicto del Reglamento de sucesiones sea una ley de un tercer Estado⁶⁵, entonces cada Estado miembro vinculado por el Reglamento, podrá excepcionar su aplicación conforme a lo que considere principios y valores fundamentales de su ordenamiento (incluidos los europeos)⁶⁶.

Los Estados miembros, coinciden en aplicar la cláusula de orden público cuando hay una contradicción manifiesta entre la ley determinada y el orden público del Estado miembro del foro, pues así lo dispone el artículo 35 del Reglamento de sucesiones; y, en cuanto al contenido de ese orden público, aunque este artículo remite al Derecho del foro, no es menos cierto que se pueden apuntar normas del Derecho extranjero contrarias manifiestamente a todos los ordenamientos de los Estados miembros, y otras que no⁶⁷.

Así, son normas extranjeras contrarias al orden público, a los intereses públicos de los Estados miembros, aquellas discriminatorias por razón de sexo, religión, nacionalidad, o que prevén causas de desheredación que atentan contra la libertad individual del heredero.

Con más detalle y siguiendo el *iter* sucesorio, CARRASCOSA GÓNZALEZ (2019, 652-668) especifica que, sería contraria al orden público, la ley sucesoria extranjera que permitiera abrir la sucesión por causa distinta a la muerte física o declaración de fallecimiento del causante (por ejemplo, muerte civil por condena a muerte o por ingresar en orden religiosa); también

vulnera el orden público internacional una ley extranjera cuya aplicación excluye de la delación hereditaria a ciertos sujetos por razones discriminatorias o que, por tales razones, les atribuyen menos derechos hereditarios (por ejemplo, una ley sucesoria que discrimina a la mujer al concederle la mitad de derechos hereditarios que a un varón, por razón de su sexo⁶⁸); del mismo modo, debe intervenir el orden público en leyes extranjeras que admitan una sucesión discriminatoria en favor de sus nacionales; igualmente, es contraria al orden público la ley extranjera que considera incapaces para suceder a ciertas personas por razón de su religión, sexo o condición social, (así en ciertos Derechos estatales inspirados en el Islam, la mujer no puede heredar, ni tampoco los hijos extramatrimoniales, ni los infieles al Islam). En disposiciones testamentarias pueden ser contrarias al orden público ciertas prohibiciones de testar (por haber profesados un voto religioso o por muerte civil), o ciertas condiciones impuestas al heredero para heredar (por ejemplo, contraer matrimonio o no contraerlo).

No podría aplicarse la excepción del orden público, en relación a los testamentos mancomunados o a los pactos sucesorios otorgados en el extranjero, o respecto de los derechos sucesorios de la segunda mujer de un matrimonio poligámico válidamente contraído en el extranjero entre extranjeros⁶⁹. Ni tampoco, contra aquellos ordenamientos extranjeros que establecen la absoluta libertad de testar, no regulando ningún sistema de legitimas⁷⁰. Aunque algunos autores se preguntan si podría ser contrario al orden público un sistema en el que se limite al máximo la libertad de disposición del causante, por la amplitud de la legítima⁷¹.

Debemos recordar, que la cláusula de orden público es una excepción que no puede devorar de modo completo a la regla general, que es la ley extranjera si es determinada por la norma de conflicto⁷².

En el supuesto de que la ley extranjera, en el caso concreto, no se pueda aplicar por ser manifiestamente contraria al orden público, el artículo 35 del Reglamento de sucesiones no da solución.

Las opciones principales serían dos⁷³. La primera de ellas, sería respetuosa con lo dispuesto en el Reglamento de sucesiones, que al regular varios puntos de conexión para determinar la ley aplicable, si el primer punto de conexión conduce a una ley extranjera contraria al orden público (por ejemplo, la ley nacional elegida por el causante), podría aplicarse la ley de la última residencia habitual del causante, si esta no es contraria al orden público.

La segunda solución, es aplicar la ley del foro⁷⁴, las normas materiales sucesorias de los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto. La aplicación de la ley del foro, se ajusta mejor a la defensa de los valores esenciales e intereses públicos del Estado de los órganos jurisdiccionales o autoridades que entienden de la cuestión sucesoria con elemento extranjero.

3. EL ORDEN PÚBLICO COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN EN EL RECONOCIMIENTO Y *EXEQUATUR* DE RESOLUCIONES SUCESORIAS EUROPEAS

A) *El procedimiento donde se invoca*

El Reglamento distingue entre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de resoluciones⁷⁵ dictadas en un Estado miembro⁷⁶, regulando un reconocimiento «automático» y un reconocimiento a título principal o con efectos *erga omnes* (art. 39). En este último caso, al igual que para ejecutar una resolución de un Estado miembro en otro Estado miembro en materia sucesoria, es necesario un procedimiento de homologación o *exequatur* (art. 43). En este procedimiento se alegan los motivos de denegación del reconocimiento o la declaración de ejecutividad entre los que se encuentra el orden público (art. 40)⁷⁷.

Es necesario, por tanto, realizar una breve referencia a este procedimiento de *exequatur*, regulado en los artículos 45 a 58, para conocer cuándo puede alegarse este motivo de denegación.

El procedimiento de homologación se desarrolla en dos fases⁷⁸. La primera de ellas, no contradictoria, se inicia a solicitud de parte, acompañada por los documentos reseñados en los artículos 46 y 47, sin proceder a ningún examen de los motivos de denegación por el órgano jurisdiccional⁷⁹. Ni la parte contra la cual se solicita la declaración de fuerza ejecutiva podrá, en esta fase del procedimiento, formular observaciones (art. 48).

La fase contradictoria se inicia cuando la resolución dictada sobre la solicitud de la fuerza ejecutiva, se notifica a las partes (art. 49). Es contradictoria porque las partes pueden interponer los recursos de apelación o casación (regulados en los artículos 50 y 51). Los órganos jurisdiccionales que conozcan de estos recursos podrán decidir sobre los motivos de denegación invocados por las partes (art. 52)⁸⁰, entre ellos, la contradicción manifiesta de la resolución de un Estado miembro con el orden público del Estado miembro requerido⁸¹.

Es posible la declaración de ejecutividad parcial (art. 55); es decir, cuando la resolución europea se pronuncie sobre varias pretensiones en materia sucesoria y no se pueda declarar la fuerza ejecutiva de una de ellas porque sea contraria al orden público del Estado requerido, el tribunal o autoridad competente puede declarar la fuerza ejecutiva de las demás (si no concurre ningún otro motivo de denegación).

B) *La operatividad del orden público como motivo de denegación*

A la operatividad de este motivo de denegación se refiere el considerando 58 del Reglamento de sucesiones, aplicable tanto a la cláusula de orden público, como al motivo de denegación⁸².

Así, los tribunales u otras autoridades competentes, podrán negarse a reconocer o declarar la ejecutividad de la decisión de otro Estado miembro, cuando sea contrario manifiestamente y en el caso concreto a los intereses públicos del Estado requerido. Esto, no obstante, y derivado del carácter excepcional del orden público, no pueden negarse a reconocer, o aceptar o ejecutar una resolución dictada, o un documento público o transacción judicial de otro Estado miembro, cuando sea contrario al principio de no discriminación contenido en el artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estableciendo, pues, el primer límite para la aplicación de este motivo de denegación: que su función no sea contraria a los principios fundamentales regulados en la Carta, en concreto el relacionado con la prohibición de no discriminación por razones de sexo, origen, religión, lengua, opiniones políticas o de cualquier otro tipo (como la pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual).

En la alegación del orden público como motivo de denegación tenemos que distinguir entre el orden público material y el orden público procesal.

Al límite al orden público material como motivo de denegación se refiere el artículo 41 del Reglamento de sucesiones, cuando dispone que la resolución de un Estado miembro en ningún caso podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

De tal forma que, solo podrá denegarse por motivo de orden público material una resolución sucesoria europea, cuando su reconocimiento o ejecución fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido⁸³, a sus principios esenciales y valores fundamentales, que no impliquen discriminación entre los Estados miembros, ni comporta revisar los hechos y el Derecho aplicable por el órgano jurisdiccional o autoridad del Estado de origen.

En relación con el no reconocimiento o declaración de ejecutividad de resoluciones sucesorias europeas contrario, manifiestamente, al orden público procesal del Estado miembro requerido, este motivo de denegación opera cuando exista una vulneración al principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, siempre que no implique una infracción de los derechos de defensa del demandado en el Estado miembro de origen por falta de notificación en tiempo y forma. Pues este es un motivo de denegación específico contenido en el artículo 40 del Reglamento de sucesiones, en el apartado b) («si se dictasen [las resoluciones] en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo»).

Por ejemplo, podría denegarse el reconocimiento o ejecución de una resolución europea en materia de sucesión por violación del orden público

procesal, cuando no se dio al demandado audiencia en el proceso de origen o se le privó de asistencia letrada, cuando fuera necesario⁸⁴, o cualquiera otra transgresión del principio de tutela judicial efectiva (que no implique vulneración del derecho de defensa por falta de notificación en tiempo y forma).

Del mismo modo, *ex* artículo 59, los documentos públicos expedidos en un Estado miembro tendrán en otro Estado miembro el mismo valor probatorio que en el Estado miembro de origen, o el efecto más parecido, siempre que no se haya vulnerado manifiestamente el orden público, tanto material como procesal, del Estado requerido.

En el caso de documentos con fuerza ejecutiva en el Estado de origen, regula el artículo 60 del Reglamento de sucesiones, que podrán ser declarados documentos con fuerza ejecutiva en otro Estado miembro mediante el procedimiento de homologación o *exequatur* estudiado (arts. 45 a 58). Pudiendo, en la fase contradictoria, denegarse la ejecución por uno solo de los motivos del artículo 40 del Reglamento de sucesiones, pues el tribunal (ante el que se interponga un recurso de los previstos en los artículos 50 o 51) solo desestimarà o revocará la declaración de fuerza ejecutiva del documento cuando esta sea manifiestamente contraria al orden público (tanto material como procesal) del Estado miembro de ejecución, en los términos contemplados para una resolución judicial.

V. EN CONCLUSIÓN

Unas conclusiones una vez analizado el orden público internacional en los tres reglamentos:

I. El principio del orden público como motivo de denegación se caracteriza en los tres reglamentos, así como en la excepción a la ley determinada por la norma de conflicto en el Reglamento de sucesiones, por su interpretación restrictiva y su aplicación excepcional, caso por caso, y cuando exista una incompatibilidad manifiesta. No estando los órganos jurisdiccionales o autoridades que conocen del asunto obligados a su aplicación, pero sí deberán atender a los límites impuestos por los tribunales superiores, y en particular, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

II. Tanto la cláusula de orden público, como la contrariedad manifiesta del orden público como motivo de denegación, en estos reglamentos, operan dentro de un marco europeo, pues viene limitado por principios y valores comunes en todos los Estados miembros vinculados por estos. Máxime cuando el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en un Estado miembro se basa en el principio de confianza mutua y en la libre

circulación de resoluciones judiciales, por ello, los motivos de denegación deben limitarse al mínimo necesario.

III. Para conseguir ese espacio de libertad, justicia y seguridad europeo es necesario que el orden público internacional se aplique para defender los derechos fundamentales de las personas y, en consecuencia, de la familia y la sociedad, y no para imponer un modelo de un determinado Estado (del foro) en materia de responsabilidad parental, obligación alimenticia o sucesoria entre los Estados miembros.

IV. Así, en materia de responsabilidad parental, la aplicación del orden público del foro como motivo de denegación opera, conforme al Reglamento de Bruselas II, de manera limitada atendiendo al «interés superior del menor», y con especial referencia a la audiencia al menor para preservar su tutela judicial efectiva. Teniendo en cuenta que, con la supresión del *exequatur*, se prescinde de la vulneración del interés del superior del menor como motivo de denegación, por la confianza en el control de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, aunque debiera atenderse en algún supuesto al cambio de las circunstancias (como se regula en el Reglamento 2019/1111).

V. El orden público como motivo de denegación en el reconocimiento y ejecución de la obligación de alimentos no se contempla entre los Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007, es decir, entre todos los Estados de la UE⁸⁵, salvo Dinamarca.

VI. En relación con la aplicación del orden público en el Reglamento de sucesiones, como cláusula de excepción a la determinación de la ley extranjera, hay que insistir en su carácter excepcional para preservar los valores esenciales de nuestra sociedad donde debe imperar el principio de igualdad. De mismo modo, el orden público como motivo de denegación debe interpretarse restrictivamente, para el no reconocimiento y ejecución de decisiones de los Estados miembros contrarias al orden público del foro. Evidentemente en este sector del Derecho internacional privado, el orden público internacional se invocará de manera aún más excepcional, si, como hemos sostenido a lo largo de este estudio, lo que se entiende por orden público entre los Estados miembros difiere en algún aspecto en el contenido del orden público procesal, pero no en la dimensión del orden público material.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H. (2005). Orden público y sucesiones (y II). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1985.
- (2006). Alimentos y orden público (I). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2011.

- (2006). Alimentos y orden público (II). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2012.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2009). El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas. *La Ley Unión Europea*, núm. 7230.
- (2014). Sucesiones internacionales: ¿que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público? En M. Herrero Oviedo (coord.) / A. Domínguez Luelmo (dir.) / M.^a P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley.
- (2018). Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE. *La Ley Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 17.
- BARUFFI, C. (2009). In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori. En C. Baruffi / R. Cafari Panico (a cura di). *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*. Milano: Cedam.
- BONOMI, A. (2016). Article 35. En A. Bonomi/ P. Wautelet (a cura di). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) núm. 650/2012 du 4 juillet 2012*, (2017). Bruxelles: Bruylant.
- CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. (2017). Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto c-455/15 PPU, P y Q. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2.
- CAMPLIGLIO, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*. Granada: Comares.
- (2019). Orden público internacional y reglamento sucesorio europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772.
- CASTELLANOS RUIZ, E. (2017). *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- DEBERNARDI, G. (2017). *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, Droit. Université Côte d'Azur (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>).
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.S. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2020). *Derecho internacional privado*. Cizur Menor: Civitas. Thomson Reuters.
- FONTANELLAS MORELL, J.M. (2013). El nuevo reglamento europeo en materia de sucesiones. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 1.
- GANDÍA SELLENS, M.^a A. (2018). El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 17.
- GUZMÁN PECES, M. (2019-2020). Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al «interés superior del menor». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XIX-XXI.
- HERRANZ BALLESTEROS, M. (2011). El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) núm. 2210/2003: el asunto Aguirre Pelz. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25.

- (2005). Sustracción de menores en la Unión Europea: la convivencia entre el reconocimiento mutuo y el Convenio de La Haya de 1980. *La libre circulación de resoluciones en la Unión Europea*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Centro de Documentación Europea.
- LACUEVA BERTOLACCI, R. (2011). La ejecución de las resoluciones de alimentos previstas en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo. *La Ley Unión Europea*, núm. 7747.
- MARÍN VELARDE, A. / MORENO MOZO, F. (2019). El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores. En A. Monge Fernández (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch editor.
- MICHINEL ÁLVAREZ, M.A. (2002). La sentencia extranjera ante el cambio de las circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos). *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, núm. 2.
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2015). La audiencia del menor en los procesos de divorcio nacionales e internacionales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6.
- (2017). El «interés superior del menor» del artículo 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13.
- (2017). No inscripción en un registro español de una escritura de herencia por aplicación del orden público internacional del foro: Comentario de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado núm. 8569/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 4595). *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 42.
- (2019). El Reglamento Bruselas II bis facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos. En A. Monge Fernández (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch editor.
- (2020). El concepto de orden público internacional: el artículo 12. 3 del Código civil Español. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10.
- MOYA ESCUDERO, M. (2002). Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II. *Diario La Ley*, núm. 5647.
- POCAR, F. / VIARENGO, I. (2009). Il Regolamento (CE) n. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4.
- PUERTO MENDOZA, M.L. (2002). La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la Unión Europea, *Diario La Ley*, núm. 5616.
- RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1993). European Union International Ordre Public. *Spanish Yearbook of International Law*, núm. 3.
- RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2019). Problemas de aplicación regulados en el reglamento sucesorio europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1.
- RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A. (2010). La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley

- aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19.
- (2020). El Reglamento (CE) 4/09 en materia de obligaciones de alimentos. Problemas de aplicación y soluciones del TJUE. *La Ley Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 26.
- RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2.
- VALVERDE MARTÍNEZ, M.J. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2.
- VARGAS URRUTIA, M. (2010). La obligación de alimentos. *Derecho internacional privado*, vol. I, *Derecho civil internacional*. Madrid: UNED.
- VELASCO RETAMOSA, J.M. (2019). *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*. Madrid: Cuadernos Civitas. Thomson Reuters.
- WYSOCKA, A. (2011). La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI.

NOTAS

¹ El artículo 10 del Reglamento Roma III, regula una cláusula especial del orden público internacional, cuando la ley extranjera aplicable no regule el divorcio o lo haga de modo discriminatorio.

² Es decir, qué entienden por orden público internacional los ordenamientos nacionales de los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto. En este sentido, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2018). Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE. *La Ley Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 17, 14, que sostiene que los reglamentos contienen cláusulas de orden público que remiten a cada Estado miembro. No obstante, también observa que el concepto de orden público en los reglamentos europeos de familia, como el Reglamento Bruselas II bis, se aproximan a un concepto europeo propio.

³ Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2018). Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE, *cit.*, 16, «realmente, la “europeización” del orden público es algo viejo, pues ya, por ejemplo, en el citado Convenio de Bruselas de 1968 se delimitan, a través de cláusulas especiales, concepciones que son de orden público, como la que atañe al derecho de audiencia del demandado. Es verdad que las tradicionales cláusulas generales de orden público siguen, como regla general, resistiendo el embate de una evolución que les es poco favorable y se resisten a desaparecer. Pero este es un panorama que evoluciona. Por un lado, en el ámbito en el que nos movemos y respecto de la eficacia de resoluciones extranjeras, los citados artículos 41 y 42 del Reglamento 2201/2003 (LA LEY 11243/2003) erradican la excepción de orden público tal cual la conocíamos. Por otro, la aparición de cláusulas especiales de orden público, que son uniformes para todos los EM o los EM participantes en el instrumento de que se trate (por ejemplo, artículo 10 del Reglamento Roma III [LA LEY 26577/2010]) suponen una merma de la exclusividad a la que me refería. Y en el pasado reciente hemos asistido al intento de reducir sustantivamente la operatividad del orden público internacional de los EM en materia de sucesiones, mediante una norma específica que excluiría de su

contenido a las legítimas. La propuesta no se tradujo en el texto definitivo, pero es un buen ejemplo de lo que pudo haber sido y de lo que potencialmente puede llegar a ser».

⁴ RODRÍGUEZ PINEAU, E. (1993). *European Union International Ordre Public. Spanish Yearbook of International Law*, núm. 3, 43-88.

⁵ Apartado 23 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE), de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Dieter Krombach*, ECLI:EU:C: 2000:164. Y apartado 42 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 16 de julio de 2015, asunto C-681/13, *Diageo Brands*, ECLI:EU:C: 2015: 471.

La STJUE de 22 de diciembre de 2010, C-208/09, *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, apartados 82 a 95, sostiene que una situación legal creada por autoridades de un Estado miembro vulnera el orden público de otro Estado miembro si resulta contraria a la Constitución de este segundo Estado miembro.

⁶ En relación con los Estados miembro vinculados por este Reglamento, dispone el considerando 30, que el Reino Unido e Irlanda han manifestado, con arreglo al artículo 3 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, su deseo de participar en la adopción y aplicación del presente Reglamento. Sin embargo, el Reino Unido dejó la Unión Europea el 1 de febrero de 2020 con un periodo transitorio hasta el 31 de diciembre de 2020 (arts. 67 y 68 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica).

Y Dinamarca, como establece el considerando 31, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción del presente Reglamento, que por consiguiente no le vincula ni le es aplicable. Además, el artículo 2 de este Reglamento: «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 3) Estado miembro, todos los Estados miembros a excepción de Dinamarca».

Por tanto, cuando hablemos de reconocimiento o ejecución de resoluciones europeas nos estaremos refiriendo a las de todos los Estados miembro a excepción de Dinamarca (y a partir del 31 de diciembre de 2020 se exceptúan también las del Reino Unido).

⁷ *Vid.* comentarios a este Reglamento en relación con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental: GANDÍA SELLENS, M.^a. A. (2018). El Régimen Europeo de responsabilidad parental: su funcionamiento y las principales propuestas de cambio a raíz de la modificación del Reglamento Bruselas II bis. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 17.

⁸ Tal y como dispone el artículo 21.1 del Reglamento Bruselas II: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. 2. En particular, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último».

⁹ También se regula en el artículo 21.3 del Reglamento Bruselas II, el reconocimiento a título principal en esta materia, remitiendo a la sección correspondiente sobre las disposiciones del procedimiento de *exequatur* en este Reglamento.

¹⁰ El Reglamento se aplica únicamente a las medidas de protección del menor, es decir, a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. Sobre las materias incluidas y excluidas, sin carácter exhaustivo, artículo 1, apartados 1, 2, 3. Define que se entiende por responsabilidad parental el artículo 2, 7), «responsabilidad parental: los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en

relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita».

¹¹ Veremos que este procedimiento está pensado fundamentalmente para la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental.

¹² Se adjuntarán a la solicitud de reconocimiento u oposición al reconocimiento (al igual que en ejecución) los documentos mencionados en los artículos 37 y 39: una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad y certificado expedido por el órgano jurisdiccional o autoridad del Estado miembro de origen relativo resolución en materia de responsabilidad parental conforme a un modelo formulario que figura en los anexos del Reglamento.

¹³ El resto de los motivos de denegación son los comunes a otros reglamentos europeos: vulneración del derecho a defensa por falta de notificación en el Estado miembro de origen en tiempo y forma, e inconciabilidad de resoluciones entre el Estado miembro de origen y el Estado requerido o entre este y otro Estado miembro o un Estado tercero. No es motivo de denegación ni el control de competencia judicial internacional (art. 24), ni las diferencias con la ley aplicable (art. 25), ni la resolución podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (art. 26).

¹⁴ Por ejemplo, para hacer efectivo el derecho de guarda o custodia o atribuir el derecho de visita.

¹⁵ ECLI: EU: C: 2015: 763.

¹⁶ Artículo 26: «La resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo».

¹⁷ *Vid.* comentario a esta Sentencia en CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. (2017). Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: Asunto c-455/15 PPU, P y Q. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 635-640.

¹⁸ Considerando 17 del Reglamento Bruselas II bis: «En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora y con este fin debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 tal y como queda completado mediante las disposiciones del presente Reglamento y, en particular, del artículo 11. Con todo, conviene que, en casos concretos y debidamente justificados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que haya sido trasladado o en el que esté siendo retenido ilícitamente el menor puedan oponerse a su restitución. Sin embargo, semejante resolución debe poder ser sustituida por otra posterior del órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención ilícitos. En caso de que esta última resolución implique la restitución del menor, esta debería realizarse sin necesidad de procedimiento alguno para el reconocimiento y la ejecución de dicha resolución en el Estado miembro en el que se encuentra el menor sustraído».

¹⁹ *Vid.* PUERTO MENDOZA, M.L. (2002). La libre circulación de resoluciones judiciales sobre responsabilidad parental dentro de la Unión Europea, *La Ley*, núm. 5616 (20 de septiembre). HERRANZ BALLESTEROS, M. (2005). Sustracción de menores en la Unión Europea: la convivencia entre el reconocimiento mutuo y el Convenio de La Haya de 1980. *La libre circulación de resoluciones en la Unión Europea*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Centro de Documentación Europea, 217-229. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2019). El Reglamento Bruselas II bis facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos. En A. Monge Fernández (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch editor, 129-161.

²⁰ Una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro. Aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución (arts. 41.1 y 42.1).

²¹ ECLI:EU:C: 2010:400.

²² Artículo 34: «1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva».

²³ Dispone también el artículo 41 por remisión al artículo 56.6, que cuando el riesgo grave psíquico o físico para el menor tenga carácter duradero, la autoridad competente para la ejecución o el órgano jurisdiccional, podrán denegar, previa solicitud, la ejecución de la resolución, atendiendo al interés del menor por cambio de las circunstancias.

²⁴ Artículo 21: «Derecho del menor a expresar sus opiniones. 1. En el ejercicio de su competencia ..., los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propios juicios la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado. 2. Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, prestará la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez».

²⁵ El principio de tutela judicial efectiva implica también que se hayan respetado el resto de las garantías procesales en el procedimiento del Estado de origen, como los derechos de defensa del demandado (art. 23, apartados c) y d); artículo 41. 2, apartados a) y b); y artículo 42. 2, apartado b)). No obstante, solo nos ocupamos del derecho de audiencia del menor por ser un aspecto del orden público procesal más específico en relación con su interés superior.

²⁶ Para MOYA ESCUDERO, M. (2002). Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II. *Diario La Ley*, núm. 5647, 12-13, «La normativa internacional de derechos humanos configura el orden público también en este sector. Son normas mínimas uniformes que no pueden obviarse al establecer un determinado sistema de ordenación, y que obligan a interpretar, bajo su sombra, el Derecho internacional privado institucional, convencional y autónomo».

²⁷ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 17 de julio de 2017 (Roj: SAP IB 1344/2017 - ECLI: ES: APIB: 2017:1344), dispone (fundamento de Derecho segundo), que es evidente, «que el hecho de haber «menores en liza» en modo alguno puede ser considerado infracción de orden público puesto que, precisamente, siempre hay menores en liza en los asuntos de responsabilidad parental».

²⁸ Vid. GUZMÁN PECES, M. (2019-2020). Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al «interés superior del menor». *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, tomo XIX-XXI.

²⁹ La reciente STJUE de 14 de enero de 2021, asunto C-441/19, *Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid*, ECLI:EU:C:2021:9, en el apartado 65, sostiene que el interés superior del menor, conforme al artículo 24.2 de la Carta, prevalece sobre otros criterios.

³⁰ Sobre el interés del menor en las normas internacionales: MARÍN VELARDE, A. / MORENO MOZO, F. (2019). El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores. En A. Monge Fernández (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*. Barcelona: Bosch editor, 193-243.

³¹ Las Observaciones generales no son vinculantes, pero se utilizan como criterio interpretativo y de aplicación de las normas de la Convención para jueces y tribunales.

³² El preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio) (LO 8/2015), establece estos criterios interpretativos, justificando que: «los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general núm. 14, de 29 de mayo de

2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial». Vid MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2017). El «interés superior del menor» del artículo 1.2 de la LO 8/2015 y cómo incidirá en el reconocimiento de situaciones privadas internacionales. Especial referencia a la gestación subrogada. *La Ley Derecho de Familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 13, 128-150.

³³ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 17 de julio de 2017 (Roj: SAP IB 1344/2017 - ECLI: ES:APIB:2017:1344), establece en el fundamento de Derecho segundo que, «y ello a pesar de que la norma general del Estado requerido, es decir, la nuestra, establece con claridad en el artículo 159 del Código civil que (el subrayado es añadido): «Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad. El juez oírà, antes de tomar esta medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años». Resultando, de hecho, lo normal que los niños de 9 años no sean oídos en procedimientos de responsabilidad parental en nuestro ámbito procesal interno, siéndolo a partir de los 12 años, salvo circunstancias excepcionales en que, tratándose de menores de esta edad, se pueda considerar que el menor tiene suficiente juicio. En similar sentido se pronuncia el artículo 770-4.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil. No debiéndose olvidar que tales pruebas, en niños de edades tempranas, pueden ocasionar perturbación al menor».

³⁴ Los órganos jurisdiccionales españoles aplicarán las pautas determinadas en la LO 8/2015: «Artículo 9. Derecho a ser oído y escuchado. 1. El menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. Para ello, el menor deberá recibir la información que le permita el ejercicio de este derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias. En los procedimientos judiciales o administrativos, las comparecencias o audiencias del menor tendrán carácter preferente, y se realizarán de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia, si fuera necesario, de profesionales cualificados o expertos, cuidando preservar su intimidad y utilizando un lenguaje que sea comprensible para él, en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a todas las garantías del procedimiento. 2. Se garantizará que el menor, cuando tenga suficiente madurez, pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente. La madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso. Se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos. Para garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo será asistido, en su caso, por intérpretes. El menor podrá expresar su opinión verbalmente o a través de formas no verbales de comunicación. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor se podrá conocer la opinión del menor por medio de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los suyos, o a través de otras personas que, por su profesión o relación de especial confianza con él, puedan transmitirla objetivamente. 3. Siempre que en vía administrativa o judicial se deniegue la comparecencia o audiencia de los menores directamente o por medio de persona que le represente, la resolución será motivada en el interés superior del menor y comunicada al Ministerio Fiscal, al menor y, en su caso, a su representante, indicando explícitamente los recursos existentes contra tal decisión. En las resoluciones sobre el fondo habrá de hacerse constar, en su caso, el resultado de la audiencia al menor, así como su valoración».

³⁵ Modificado por el Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida) (DO de 2 de noviembre de 2020), que será aplicable a partir del 1 de julio de 2022 (art. 35).

³⁶ MORENO SÁNCHEZ-MORALED A, A. (2015). La audiencia del menor en los procesos de divorcio nacionales e internacionales. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 119-131.

³⁷ ECLI:EU:C: 2010:828. *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M. (2011). El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento (CE) núm. 2210/2003: el asunto AGUIRRE PELZ. *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 25.

³⁸ En el considerando 11 se especifica que, «el ámbito de aplicación del Reglamento debería extenderse a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos. A los fines del presente Reglamento, el concepto de «obligación de alimentos» debería interpretarse de manera autónoma». En consecuencia, se aplica a las relaciones familiares.

Respecto a lo que se debe de entender por obligación de alimentos, como concepto autónomo, se pronuncia el Tribunal de Justicia en, STCE de 20 de marzo de 1997, asunto C-295/95, *Farell/Long*, ECLI:EU:C:1997:168; STCE 6 de marzo de 1980, asunto C-120/79, *De Cavel II*, ECLI:EU:C:1980:70; y STJCE de 27 de febrero de 1997, asunto C-220/95, *Van den Boogaard/Laumen*, ECLI:EU:C:1997:91. Interpretan que son todas aquellas prestaciones (incluido las pensiones compensatorias entre cónyuges) que la ley establece para paliar las necesidades económicas de ciertas personas y se imponen sobre los parientes que disponen de mayores recursos económicos. *Vid.* CASTELLANOS RUIZ, E. (2017). *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*. Valencia: Tirant lo Blanch. VARGAS URRUTIA, M. (2010). La obligación de alimentos. *Derecho internacional privado*, vol. I, *Derecho civil internacional*. Madrid: UNED. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A. (2010). La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 5-7.

En relación con el ámbito territorial, el Reglamento de alimentos vincula a todos los Estados miembros, pues el Reino Unido e Irlanda notificaron su deseo de aplicar el Reglamento y Dinamarca está vinculada si se considera que es una modificación del Reglamento Bruselas I bis (considerandos 47 y 48). Si bien el Reino Unido deja de estar vinculado, tras la finalización del periodo transitorio el 31 de diciembre de 2020, según lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (versión consolidada a 12 de junio de 2020).

³⁹ La Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo (DO L núm. 331, de 16 de diciembre) establece que el termino Comunidad Europea no incluye a Dinamarca ni al Reino Unido. El Protocolo de La Haya no vincula a Reino Unido, ni a Dinamarca (considerandos 20 y 24 del Protocolo).

⁴⁰ Dispone el artículo 15 del Reglamento de alimentos que, «La ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (en lo sucesivo, «el Protocolo de La Haya de 2007») en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento».

⁴¹ LACUEVA BERTOLACCI, R. (2011). La ejecución de las resoluciones de alimentos previstas en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo. *La Ley Unión Europea*, núm. 7747.

⁴² Crítica a esta asimetría en la eficacia recíproca de resoluciones en materia alimenticia en ÁLVAREZ GÓNZALEZ, S. (2009). El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas. *La Ley Unión Europea*, núm. 7230, 10.

⁴³ El Reino Unido deja de estar vinculado a la Unión Europea el 31 de diciembre de 2020, ya no se le aplican las normas de este Reglamento.

⁴⁴ Las transacciones judiciales y los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen serán reconocidos en los demás Estados miembros y tendrán en ellos la misma fuerza ejecutiva que las resoluciones, aplicando las mismas normas (como dispone el art. 48).

⁴⁵ El procedimiento de ejecución propiamente dicho se regirá por la ley del foro. Ejecutándose la resolución en materia de alimentos en las mismas condiciones que si se hubiera dictado en el Estado miembro de ejecución (art. 41).

⁴⁶ Vid. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A. (2020). El Reglamento (CE) 4/09 en materia de obligaciones de alimentos. Problemas de aplicación y soluciones del TJUE. *La Ley Derecho de familia. Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 26.

⁴⁷ MICHINEL ÁLVAREZ, M.A. (2002). La sentencia extranjera ante el cambio de las circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos). *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, núm. 2, 641-668.

⁴⁸ Como dice el considerando 30, esta limitación de los motivos de denegación (y de suspensión) tiene como objetivo acelerar la ejecución de resoluciones de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007 en otro Estado miembro, debido al carácter transfronterizo de los créditos alimenticios. Sin embargo, esta limitación no debería afectar a los motivos de denegación (o suspensión) previstos por el Derecho nacional que no sean incompatibles con los que se indican en el Reglamento (art. 21), como la liquidación de una deuda por el deudor en el momento de la ejecución o el carácter inembargable de determinados bienes.

⁴⁹ BARUFFI, C. (2009). In tema di riconoscimento delle decisioni in materia di obbligazioni alimentari verso i minori. En C. Baruffi / R. Cafari Panico (a cura di). *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Milano: Cedam, 136-137. POCAR, F. / VIARENGO, I. (2009). Il Regolamento (CE) núm. 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4, 823-824.

En la doctrina española: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIENDER, H. (2006). Alimentos y orden público (I). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2011, 1571, nos indican que, «en el contexto comunitario europeo, el Libro Verde sobre obligaciones alimentarias presentado por la Comisión (Documento COM (2004) 254 final, de 15 de abril de 2004)... «algunos problemas podrían subsistir para algunos Estados, como el reconocimiento y ejecución de resoluciones de concesión de una pensión alimentaria a personas vinculadas por nuevas formas de matrimonio o convivencia recientemente introducidas»».

⁵⁰ En caso de resoluciones sobre obligaciones alimenticias dictadas por órganos jurisdiccionales del Reino Unido, a partir del 31 de diciembre de 2020, ya no son decisiones de Estado miembro, y, por tanto, para el reconocimiento y ejecución de estas no se les aplicará la regulación del Reglamento 4/2009.

⁵¹ Dicho procedimiento se inspira en el procedimiento y en los motivos de denegación de reconocimiento previstos en el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, anterior al Reglamento (UE) 1215/2012 que ha suprimido el procedimiento de *exequatur*.

⁵² Otros motivos son (art. 24): «c) por lo que respecta a las resoluciones dictadas en ausencia del demandado, si el escrito de interposición de la demanda o documento equivalente no se notificó al demandado con antelación suficiente y de manera tal que pudiera organizar su defensa, a menos que el demandado, habiendo podido recurrir la

resolución, hubiera optado por no hacerlo; c) si la resolución es incompatible con otra dictada en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento; d) si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se solicita el mismo».

⁵³ Artículo 28: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro no podrán en ningún caso ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro en que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución».

⁵⁴ Sobre estas cuestiones, AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M / AGUILAR GRIEDER, H. (2006). Alimentos y orden público (II). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2012, 1756-1764. También en, Alimentos y orden público (I), *cit.*, 1573-1593 (sostienen en la 1592: «Por lo que a la materia alimenticia se refiere, consideramos que la actual tendencia a la flexibilización y a la especialización del orden público internacional, desprovisto del automatismo y rigidez que de antaño le ha caracterizado, convierten a dicho expediente técnico en un eficaz instrumento al servicio de la protección de la mujer musulmana que se encuentra en una situación de necesidad económica, al permitir a los órganos jurisdiccionales tomar en consideración las circunstancias concurrentes en cada supuesto particular. De este modo, no es la incompatibilidad de las disposiciones islámicas en materia de alimentos con los pilares básicos del ordenamiento jurídico del foro lo que ha de condicionar la intervención de la cláusula de orden público internacional, sino la contradicción de dichos principios y valores fundamentales con los efectos concretos que la aplicación de la referida normativa produce en cada supuesto»).

⁵⁵ *Vid.*, MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2020). El concepto de orden público internacional: el artículo 12.3 del Código civil español. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10, estudios sobre esta materia, en la bibliografía.

⁵⁶ Respecto al ámbito territorial, considerando 82, «de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo no. 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del presente Reglamento y no quedan vinculados por él ni sujetos a su aplicación. Y considerando 83, «de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo no. 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Dinamarca no participa en la adopción del presente Reglamento y, por lo tanto, no queda vinculada por él ni sujeta a su aplicación.

⁵⁷ Para ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (2014). Sucesiones internacionales: ¿que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público? En M. Herrero Oviedo (coord.) / A. Domínguez Luelmo (dir.) / M.ª P. García Rubio (dir.). *Estudios de Derecho de sucesiones. «Liber amicorum» Teodora F. Torres García*. Madrid: La Ley, 121-122, existe una comunidad de principios de orden público que coincide con los que han sido identificados en España: discriminación por razón de sexo, raza, religión y nacimiento; pero aquella base común está surtida de un buen número de excepciones y soluciones particulares: Alemania, Finlandia, Dinamarca y Países Bajos no mantienen una posición radical contra las leyes que establecen distinciones sucesorias en función del nacimiento fuera del matrimonio; Irlanda; Luxemburgo y Reino Unido consideran (consideraban en el momento de redactar su estudio) que la ley que otorga derechos sucesorios al conviviente podría atentar a su orden público; Alemania, Austria y —con reservas— Francia estimarían contraria a su orden público la ley que negase una parte de la herencia a los hijos; Alemania, Austria y Portugal consideran contrario a su orden público cualquier limitación que condujese a limitar totalmente la libertad de testar; Finlandia, Irlanda, Bélgica Suecia y Dinamarca plantearían matices en función de que la norma fuese legal o convencional, salvase o no las legítimas u otras circunstancias particulares; Grecia considera la prohibición de testamento mancomunado como de orden público internacional.

⁵⁸ No obstante, el Reglamento de sucesiones aboga por una correlación entre los órganos jurisdiccionales competentes (*forum*) y la ley aplicable (*ius*), pues sus normas de competencia judicial internacional determinan como competentes a los órganos jurisdiccionales o autoridades de la residencia habitual del causante (art. 4) o los elegidos por las partes interesadas (arts. 5 y 6) siempre que sean los del Estado miembro de la ley nacional elegida por el causante. Por tanto, esto favorece que el juez o autoridad competente aplique su propio ordenamiento jurídico o de otro Estado miembro, evitando la aplicación de la excepción de orden público en caso de determinarse una ley extranjera.

⁵⁹ Como concluye WYSOCKA, A. (2011). La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XI, 936, «la cláusula de orden público, cuanto más sencilla, mejor».

El artículo 30 del Reglamento de sucesiones no regula una cláusula de orden público específica, sino que dispone una norma imperativa para asegurar que los Estados miembros donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes, puedan aplicar determinadas disposiciones especiales con independencia de la ley que rijan la sucesión conforme a los artículos 21 y 22. Las coincidencias con la cláusula de orden público es su aplicación excepcional y la defensa del interés público.

⁶⁰ El artículo 21 de la Carta, prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes, étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Y por razones de nacionalidad.

⁶¹ DEBERNARDI, G. (2017). *Le règlement européen sur les successions et nouvelles perspectives pour les systèmes juridiques nationaux*, Droit. Université Côte d'Azur (<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01564138/document>), 131.

⁶² BONOMI, A. (2016). Article 35. En A. Bonomi/ P. Wautelet (a cura di). *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) núm. 650/2012 du 4 juillet 2012* (2017). Bruxelles: Bruylant, (p. 576) defiende la existencia de un orden público europeo. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J.S. y SÁNCHEZ LORENZO, S. (2020). *Derecho internacional privado*. Cizur Menor: Civitas. Thomson Reuters, 541, «en realidad la propia Carta integra asimismo el orden público internacional de los Estados miembros».

WYSOCKA, A. (2011). La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones, *cit.*, 930-931, esta autora también es de la misma opinión cuando sostiene que, en la actualidad, tras la emergencia del Derecho internacional privado de la UE, el orden público de los Estados miembros se ha ampliado con el denominado orden público europeo, incluyendo los principios fundamentales de la UE. Ello comprende, en particular, las cuatro libertades del mercado de la UE y los principios adicionales que deriven de la jurisprudencia del TJUE y de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Añade que, la doctrina diferencia entre dos aspectos del concepto de orden público europeo: el aspecto externo, que comprende el orden público estatal (STJCE, asunto C-381/98, *Ingmar*, ECLI:EU:C:2000:605); y el aspecto interno, que exige a los Estados miembros que empleen la cláusula de orden público con un cuidado especial cuando se opone a la ley de otro Estado miembro.

⁶³ RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2019). Problemas de aplicación regulados en el reglamento sucesorio europeo. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 501, «El artículo 35 alude al orden público del foro, no menciona un orden público sucesorio europeo, por ejemplo. Tampoco sería adecuada esa alusión, por otra parte, ya que, no existe un Derecho europeo en materia de sucesiones».

⁶⁴ Para CARRASCOSA GÓNZALEZ, J. (2019). Orden público internacional y reglamento sucesorio europeo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 772, 660, la «directriz de orden público internacional europeo» impide que los jueces de un Estado miembro invoquen el orden público nacional de su país para impedir la aplicación en el

mismo de un Derecho extranjero que sí admite derechos sucesorios de convivientes no matrimoniales. FONTANELLAS MORELL, J.M. (2013). El nuevo reglamento europeo en materia de sucesiones. *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, 1, 289: «del artículo 35 RS ha desaparecido el segundo apartado que contenía el artículo 27 PR, en el que, con la loable finalidad de facilitar la armonización conflictual en el seno de la Unión, se especificaba que las disparidades legitimarias entre los ordenamientos de los Estados miembros no habían de servir de pretexto para la intervención del correctivo del orden público».

⁶⁵ Si la ley aplicable es la ley de vínculos más estrechos (art. 21. 2), se entiende que el órgano jurisdiccional aplicará una ley no contraria al orden público del foro. No obstante, no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja (considerando 25 del Reglamento de sucesiones).

⁶⁶ CAMPLIGLIO, C. (2012). Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, núm. 2, 17, sobre la defensa del juez mediante la cláusula de orden público de la identidad cultural de los países.

⁶⁷ BONOMI, A. (2016). Article 35, *cit.*, 588-600, en cuanto a los criterios que debe tener en consideración el juez español para la intervención del orden público señala: en primer lugar, la admisión de excepciones a determinadas reglas o principios en el seno del propio Derecho común que los establece, lo que hace que esos principios no tengan un carácter absoluto; en segundo lugar, debemos atender a la legislación foral, que, con frecuencia, adopta una posición contraria a la que en el Derecho común se mantiene; en tercer lugar, habrá que examinar la formulación de la correspondiente norma de conflicto; en cuarto lugar, es de suma importancia la consideración de los principios proclamados por nuestra Constitución; finalmente, puede servir de orientación el ejemplo de la jurisprudencia de otros países, observando cómo han reaccionado ante determinados problemas los tribunales de países cuyo ordenamiento jurídico tiene un contenido coincidente con el nuestro.

⁶⁸ Ejemplo de esta norma sucesoria, es la ley marroquí del artículo 319 del Código de Familia —*Mudawwana*— 2004: «en caso de que varias personas sean instituidas como herederas por tanzil, de sexo masculino o femenino, y el testador exprese claramente «asignarles lo que hubiese heredado su padre si estuviera vivo» o «ponerlos en su lugar», la división se efectuará entre los beneficiarios de modo que el hombre reciba una parte doble de la que recibe la mujer». Así en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 28 de octubre de 2008 (*JUR* 2009, 64243), sobre la no aplicación de la normativa de la *Mudawwana*.

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 20 de julio de 2016 (BOE de 19 de septiembre de 2016) considera la ley sucesoria iraní como contraria al orden público español pues atribuye el doble de derechos sucesorios al hijo que a la hija. *Vid.* MORENO SANCHEZ-MORALEDA, A. (2017). No inscripción en un registro español de una escritura de herencia por aplicación del orden público internacional del foro: Comentario de la Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado núm. 8569/2016, de 20 de julio (*RJ* 2016, 4595). *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 42, 355-370.

⁶⁹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M. / AGUILAR GRIEDER, H. (2005). Orden público y sucesiones (y II). *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1985, 1123-1147.

⁷⁰ Como recoge RODRÍGUEZ RODRIGO, J. (2019). Problemas de aplicación regulados en el reglamento sucesorio europeo, *cit.*, 506, en nota a pie 36, la Propuesta de Reglamento de sucesiones sí contemplaba las legítimas (*vid.* artículo 806 CC) como orden público (Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio

européo, Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 14 octubre 2009, COM (2009) 154 final). El artículo 27.2 de este texto establecía que, «En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento solo podrá considerarse contraria al orden público del foro si sus disposiciones relativas a la reserva hereditaria son diferentes de las disposiciones vigentes en el foro».

VELASCO RETAMOSA, J.M. (2019). *El Reglamento (UE) 650/2012 de sucesiones: algunas cuestiones escogidas*. Madrid: Cuadernos Civitas. Thomson Reuters, 104, justifica la no inclusión de la reserva la excepción de orden público por la falta de acuerdo entre los Estados miembros; sin embargo, tal contenido permite pensar que se impuso la postura que el contenido de la reserva, que no la institución, puede ser «contralado» ante determinados supuestos por el orden público. Para FONTANELLAS MORELL, J.M. (2013). El nuevo reglamento europeo en materia de sucesiones, *cit.*, 289: «Carente a la postre el Reglamento de una fórmula concreta, la tutela de la legítima está al cuidado de la cláusula general del artículo 35 RS, cuya operatividad frente a una eventual vulneración de los derechos hereditarios que la ley del foro atribuya a los sucesores necesarios podrá variar de un país al otro».

⁷¹ RODRÍGUEZ URÍA SUÁREZ, I. (2013). La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 45.

⁷² VALVERDE MARTÍNEZ, M.J. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 731.

⁷³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2014). *El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio 2012. Análisis crítico*. Granada: Comares, 262.

⁷⁴ En este sentido, A. WYSOCKA, (2011). La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones, *cit.*, 928.

⁷⁵ Con independencia de si tales resoluciones se han dictado en un procedimiento contencioso o no contencioso, como establece el considerando 59 del Reglamento de sucesiones.

⁷⁶ No son Estados miembros del Reglamento de sucesiones ni Reino Unido, ni Irlanda, ni Dinamarca (considerandos 82 y 83).

⁷⁷ Artículo 40: «Las resoluciones no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido».

⁷⁸ La disposición final segunda de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, modifica la disposición final vigésima sexta de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, donde se disponen «las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (UE) núm. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones «*mortis causa*» y a la creación de un certificado sucesorio europeo». Se reproduce lo establecido en este Reglamento precisando los requisitos formales y procesales (sobre todo en los plazos).

⁷⁹ Artículo 46: «a) una copia de la resolución que reúna los requisitos necesarios para ser considerada como auténtica; b) la certificación expedida por el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro de origen mediante el formulario establecido de acuerdo con el procedimiento consultivo a que se refiere el artículo 81, apartado 2, sin perjuicio del artículo 47». artículo 47: «1. De no presentarse la certificación a la que se refiere el artículo 46, apartado 3, letra b), el tribunal o la autoridad competente podrán fijar un plazo para su presentación, aceptar documentos equivalentes o dispensar de ellos si consideran que disponen de suficiente información. 2. Si el tribunal o la autoridad competente lo exigen, se presentará una traducción de los documentos. La traducción deberá ser realizada por una persona cualificada para realizar traducciones en uno de los Estados miembros».

⁸⁰ Artículo 52: «El tribunal ante el que se interponga un recurso con arreglo a los artículos 50 o 51 solo podrá desestimar o revocar la declaración de fuerza ejecutiva por uno de los motivos previstos en el artículo 40. Se pronunciará en breve plazo».

⁸¹ Los demás motivos de denegación del reconocimiento (y de la declaración de ejecutividad) en materia sucesoria que se regulan en el artículo 40 son: «b) si se dictasen en rebeldía del demandado sin que se le haya entregado a este la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo; c) si fueran inconciliables con una resolución dictada en una causa entre las mismas partes en el Estado miembro requerido; d) si fueran inconciliables con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tenga el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro requerido».

⁸² También el considerando 6, cuando establece que el Consejo Europeo consideró que el reconocimiento mutuo debería ampliarse ámbitos fundamentales en la vida diaria, como la sucesión y los testamentos, pero teniendo en cuenta al mismo tiempo los «sistemas judiciales de los Estados miembros, incluido el orden público, y las tradiciones nacionales en este ámbito».

⁸³ Sobre la dimensión material del orden público se pronunció la STJCE de 11 de marzo de 2000, asunto C-38/98, *Renault*, ECLI:EU:C:2000:225, en el apartado 30: «solo cabe aplicar la cláusula de orden público... en el caso de que el reconocimiento o la ejecución de la resolución dictada en otro Estado contratante choque de manera inaceptable con el ordenamiento jurídico del Estado requerido, por menoscabar un principio fundamental. Para respetar la prohibición de revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera, el menoscabo debería constituir una violación manifiesta de una norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico del Estado requerido o de un derecho reconocido como fundamental en este ordenamiento».

⁸⁴ Sobre este motivo de denegación: STJCE, de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Krombach*, ECLI:EU:C:2000:164, al denegar la ejecución de una sentencia francesa, en Alemania, por vulneración del orden público procesal al no permitirse a los abogados del demandado ser oídos. También, la STJCE, de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Gambazzi*, ECLI:EU:C:2009:219, sobre la no denegación de una sentencia inglesa, en Italia, por infracción del orden público procesal al no ser oído el demandado en el proceso de origen, pues la invocación del orden público no puede suponer dilaciones en el procedimiento y obstrucción a la Justicia (salvo que tales restricciones comporten un menoscabo manifiesto y desproporcionado a los derechos fundamentales en el proceso). La STJUE de 6 de septiembre de 2012, asunto C-619/10, *Trade Agency*, ECLI:EU:C:2012:531, resuelve que, el juez del Estado miembro requerido no puede denegar, en virtud de la cláusula de orden público, la ejecución de una resolución judicial dictada en rebeldía y mediante la que se dirime el fondo de un litigio sin examinar ni el objeto de la demanda ni sus fundamentos y que no expone ningún argumento sobre la fundamentación de la demanda en cuanto al fondo, salvo que considere, tras una apreciación global del procedimiento y a la luz del conjunto de circunstancias pertinentes, que dicha resolución supone un menoscabo manifiesto y desmesurado del derecho del demandado a un proceso equitativo, recogido en el artículo 47, párrafo segundo, de la Carta, debido a la imposibilidad de interponer un recurso contra ella de manera útil y efectiva.

⁸⁵ Recuérdese que desde el 31 de diciembre de 2020 Reino Unido no es Estado miembro.

*Trabajo recibido el 29-1-2021 y aceptado
para su publicación el 22-3-2021*

DERECHO COMPARADO

Luces y sombras de la publicidad material en Cuba

Lights and shadows of registration advertising in Cuba

por

DR. C. YUNIEL ROSABAL ROBAINA

Profesor auxiliar de Derecho civil y de Familia de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana. Registrador de la Propiedad

RESUMEN: La publicidad registral como finalidad del Registro debe superar el carácter informativo y estadístico relacionado con la materia inmobiliaria y tener como valor trascendental la salvaguardia del derecho. La protección de la propiedad inmobiliaria por medio de la publicidad material se garantiza estableciendo un sistema registral que determine efectos sustantivos a la inscripción en favor de los titulares inscritos. El sistema registral cubano opta por la inscripción obligatoria, siendo esta un requisito para poder transmitir la propiedad, sin embargo, dicha inscripción no refuerza la oponibilidad de los derechos reales, ni ofrece un plus de protección al título inscrito.

ABSTRACT: *The registration publicity as a purpose of the Property Registry must exceed the informative and statistical nature related to the real estate matter and have the protection of the right as a transcendental value. The protection of real estate by means of material advertising is guaranteed by establishing a registry system that determines substantive effects to the registration, in favor of the registered owners. The Cuban registry system opts for mandatory registration, this being a requirement to be able to transfer*

ownership, however, said registration does not reinforce the enforceability of real rights, nor does it offer additional protection to the registered title.

PALABRAS CLAVES: Publicidad formal. Publicidad material. Principio de legitimación. Fe pública registral.

KEY WORDS: *Formal advertising. Material advertising. Legitimation principle. Public registration faith.*

SUMARIO: I. NOTAS DISTINTIVAS DE LA PUBLICIDAD MATERIAL.—II. NATURALEZA JURÍDICA.—III. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN: 1 SU ESPECIAL CONFIGURACIÓN EN CUBA.—IV. LA FE PÚBLICA REGISTRAL: 1. ¿VIGENCIA? 2. SU APRECIACIÓN POR LA JUDICATURA CUBANA.—V. PRESUPUESTOS PARA UNA PUBLICIDAD MATERIAL EFECTIVA EN CUBA.—VI. CONCLUSIONES.

I. NOTAS DISTINTIVAS DE LA PUBLICIDAD MATERIAL

Desde lo estrictamente jurídico la publicidad ha sido configurada según las necesidades del tráfico jurídico en un contexto socio-económico determinado. Junto a JUÁREZ TORREJÓN¹, puede sostenerse que, «*en el mundo jurídico, el sustantivo publicidad es un sustantivo polisémico. Cual sea el sentido con que concretamente se esté empleando en un caso dado, nos lo indica el adjetivo que le acompaña*». Es por ello que, ofrecer una definición de publicidad registral homologable a todos los sistemas resulta contraproducente con la propia dialéctica de la institución.

Según FERNÁNDEZ DEL POZO², el primer antecedente de publicidad registral se ubica en Egipto. SOLANO MANZANO³, por su parte, refiere que AUGUSTO —emperador romano— al asumir la posición ocupada por los reyes ptolemaicos, mantuvo el mismo sistema registral inmobiliario que había arraigado en la tradición faraónica. Sistema basado en una publicidad donde la inscripción de las compraventas era constitutiva. También ARISTÓTELES⁴, en el 330 A.C., en su obra «Política», dio testimonio de la existencia de un sistema de registro de los contratos y de una magistratura —a cargo de los registradores sagrados, hieromnémones o presidentes registradores— en la que habían de registrarse los contratos privados y las sentencias de los tribunales.

Fue GIANTURCO⁵, al estudiar sus fundamentos en 1890, quien negó por vez primera sus orígenes en el Derecho antiguo, alegando que era un

fenómeno desconectado de las raíces romanas, hebraicas, griegas, medievales y germánicas. Con la misma orientación IGLESIAS-REDONDO⁶ señaló que la transmisión de la propiedad de bienes inmuebles, aunque fue una formalidad que respondió a los actos típicos del *ius civile* no sirvió plenamente a las necesidades del tráfico jurídico tras la gran expansión extra-italica. Lo cierto es que, la publicidad registral no ha sido el producto inmediato y acabado de una legislación determinada, sino el resultado de una larga elaboración doctrinal y normativa donde han concurrido factores económicos⁷, políticos⁸, filosóficos⁹, sociales y tecnológicos¹⁰. Su descontextualización puede conducir a conclusiones abstractas o etéreas que impiden determinar su rol en un ordenamiento jurídico concreto.

PUGLIATTI¹¹, arroja otras luces sobre la cuestión anterior al clasificar la publicidad registral en publicidad noticia o formal y publicidad efecto o material. A partir de dicho criterio, los Registros comenzaron a catalogarse como administrativos cuando la publicidad funcionaba única y exclusivamente como noticia y en jurídicos cuando la inscripción producía efectos que reforzaban el derecho del título que originaba el asiento.

Ergo, la sustantividad de los asientos registrales es aún núcleo de encarnizadas discusiones. Un sector se inclina por sostener que la inscripción produce efectos sustantivos propios¹², con independencia del título que la origina, mientras otro recalca la idea de que la inscripción añade al título registrado un *plus* de protección, pero que no puede sostenerse tal sustantividad con independencia del título que la origina¹³. Acoger una postura u otra, sin contextualizar puede inducir a una postura rígida, dogmática que reduce el fenómeno publicitario a conclusiones demasiado radicales.

En la Cuba de hoy la publicidad registral es un principio general de funcionamiento de los registros públicos conforme al artículo 5, incisos (d) y (e) del Decreto Ley 335/2015¹⁴, que expresamente regula: «*La información contenida en los registros es pública para las personas naturales y jurídicas que tengan interés legítimo en su conocimiento*»; y «*La publicidad que emana de los registros posee las medidas técnicas y organizativas necesarias para evitar adulteraciones, pérdida de información y su uso por personas no autorizadas*».

Esta concepción se relaciona más con la protección de datos que con la seguridad de los derechos adquiridos e inscritos. Se implementa como una institución de control interno y no como un efecto jurídico. El legislador cubano ha dejado truncada la institución al desarrollar la denominada publicidad formal o acceso a la información registral cuando exista un interés legítimo debidamente acreditado¹⁵; quedando la publicidad material reducida a una presunción de exactitud y veracidad como se explicará seguidamente.

II. NATURALEZA JURÍDICA

Es en la segunda mitad del siglo XIX, producto de la expansión del comercio, que el Derecho requiere de nuevas fórmulas para lidiar con el incremento del tráfico sobre inmuebles; y, en consecuencia, aparecen diversos mecanismos de protección de la propiedad¹⁶. Uno de esos mecanismos fue asumir la publicidad registral como una apariencia de derecho que debía ser protegida sobre la realidad jurídica.

Fue la pandectística alemana el movimiento a la vanguardia que propugnó los criterios más influyentes en la construcción de la doctrina de la protección de la apariencia, los cuales evolucionaron luego hacia la teoría de la confianza. Fundamentalmente los intérpretes del BGB idearon las estructuras e instituciones jurídicas que acogieron y desarrollaron con más fuerza, la tendencia a proteger por medio de la publicidad material una apariencia o confianza en los derechos registrados.

Los primeros argumentos se sustentaron a partir del efecto legitimador de la *Gewere*¹⁷, entendida como una apariencia provocada por el propio legislador. El Estado alemán al organizar la publicidad, garantizó la protección del derecho inscrito respecto a los inmuebles a partir de la apariencia que se generaba. Posteriormente la *Gewere* evolucionó hacia el principio de publicidad registral o *Publizitätsprinzip*¹⁸.

La protección de la apariencia encontró asideros en las distintas tendencias doctrinales de la época, fundamentalmente en Italia, Argentina, Francia y España. Los estudiosos de la materia importaron los postulados de la pandectística y los adecuaron a las necesidades del tráfico jurídico inmobiliario en cada región.

FALZEA¹⁹, máximo exponente de la doctrina italiana al respecto, entendió que dicho principio debía comprender todos los casos en que el acto realizado por un tercero con un sujeto que no tenía la titularidad del derecho era eficaz de todos modos, como si hubiese sido realizado con el titular, siempre que un título de investidura formal de aquel sujeto creara una situación de confianza del tercero. Según este, la apariencia no indica otra cosa que el operar de los fenómenos formales por razones de confianza, aun cuando la situación jurídica asumida formalmente por ellos no existiera en la realidad. En esta concepción, la idea de apariencia no solamente se considera compatible, sino más bien ligada esencialmente con el formalismo, a tal punto que la posesión, inclusive, es configurada como un título formal de investidura.

La tesis de FALZEA es acogida por RIVERA²⁰ en Argentina, que, desde otra latitud, asume la protección de la apariencia sustentando que los derechos son abstracciones, pero que su ejercicio se revela a través de actos materiales que responden a una realidad jurídica subyacente. RIVERA

utiliza el fenómeno posesorio y la representación también como ejemplos para explicar su posición.

Según este último, la posesión de una cosa suele responder a la existencia de un derecho de dominio sobre ella; mientras que el ejercicio de la representación es consecuencia de la existencia de un mandato o de la posesión de una función representativa. A su juicio, existen otras situaciones en que los actos materiales no responden a un derecho subyacente pero que parecen traducir su existencia. En estos supuestos plantea una disyuntiva para el Derecho: ¿ha de prevalecer la verdad jurídica subyacente o por el contrario ha de reconocerse efectos jurídicos a la apariencia creada por el Registro?

LOPEZ MESA²¹, en respuesta al dilema planteado por RIVERA, argumenta que la doctrina de la apariencia busca tutelar la seguridad dinámica de un tercero que actuó de buena fe confiando en lo que se le presentaba como cierto, anteponiéndola a la seguridad estática. Así, tanto quien alega una representación o un derecho que no tiene, como el mandante o titular del derecho que permite que tales apariencias se muestren, genera una situación de apariencia que no pueden dejar de ser tuteladas por el Derecho.

LÓPEZ Y LÓPEZ y PIZARRO MORENO²², en España, sostienen una postura similar a la anterior, pues ven en la apariencia «*un conjunto de signos exteriores que jurídicamente son entendidos como manifestaciones de existencia de una determinada situación jurídica, aunque realmente no exista*». RODRÍGUEZ OTERO²³, justifica la protección que se le confiere al tercero, suponiendo que las personas al confiar en la apariencia o en la constatación en el Registro, han verificado un negocio de adquisición razonablemente seguro. Esto precisamente ocurre porque han adquirido de quien parece —porque tal es la situación de hecho conocida— o se presenta —porque así se lee en el Registro— como titular del derecho objeto de transmisión.

Visto así, la apariencia desarrolla un papel esencial: reconstruye en el patrimonio del *accipiens* un derecho que de otra manera no podría adquirir, porque no puede recibirlo del que formalmente se lo transmitió. De esta manera, suple la falta de poder de disposición del transmitente, con el objeto de posibilitar la adquisición del que confía en el contenido del Registro de la Propiedad.

La doctrina francesa, esencialmente LARROULET²⁴, vincula la protección de la apariencia con la teoría del error. Así, cuando un tercero ha contratado con una persona que no tenía el derecho o el poder de cumplirlo, es tenida en consideración en ciertas situaciones, para admitir la validez u oponibilidad del acto cumplido. En tales circunstancias, se entiende que deben protegerse los intereses de un tercero, víctima de un error común e invencible. Es decir, debe quedar el tercero a salvo de un error que un hombre normalmente razonable no habría podido remontar, teniendo en cuenta las verificaciones y las investigaciones normales que acostumbran

tomarse, siendo necesario que el acto cumplido por el propietario aparente se tenga por válidamente celebrado.

Una doctrina mucho más actual, justifica la protección de la apariencia en la hipótesis de las excepciones a principios jurídicos. CONTRERAS LÓPEZ²⁵ sostiene que «*la naturaleza jurídica del fenómeno de la apariencia en el ámbito jurídico, es la excepción al principio: nadie puede dar lo que no tiene*». Aquí la apariencia jurídica o apariencia de derecho se ve como la manera en que los miembros de una colectividad o una persona determinada, perciben a otro miembro de la misma, o bien a una cosa específica, atribuyéndole una u otra cualidad o calidad jurídica que puede o no tener en la realidad. Lo percibido puede o no coincidir con lo extrarregistral, sin embargo, en uno u otro supuesto, quien percibe actuará en consecuencia de lo percibido.

Tanto la *apparientia iuris* como la *Gewere* germana, descansaron en la protección a los terceros y en la agilización de las transacciones sobre los derechos patrimoniales. La protección de una situación objetiva de apariencia jurídica, por su propia objetividad y consistencia, genera una confianza justificada y razonable en el Registro. De ahí que, si la apariencia objetiva y fiable no concuerda con la realidad de las cosas, el tercero que desconoce la discordancia debe ser protegido.

Las legislaciones que acogen esta postura parten de una decidida y neta toma de partido en favor de la seguridad de las adquisiciones, cuya necesidad se siente como una exigencia de interés general o de orden público. Asumir la apariencia como realidad jurídica, dinamiza la economía y da mayor circulación a la propiedad. El mantenimiento de la eficacia de los actos realizados de quien confía en la publicidad registral es un beneficio que se deriva de la inscripción.

En respuesta de la tesis anteriormente expuesta surge la teoría de la verdad oficial. Sus exponentes atribuyen efectos sustantivos a la publicidad registral, pero no desde el prisma de la confianza que genera la apariencia, sino que lo justifican en base a la eficacia de la inscripción. Quienes se afilian a la posición de la verdad oficial, sostienen que la publicidad registral completa las exigencias de seguridad jurídica, mediante la protección y potenciación de los derechos ya creados.

Afirma LUNA SERRANO²⁶, que la esencia de la publicidad registral reside en su significado de verdad oficial o de que el Registro contiene la verdad oficial creada por el Estado respecto a las situaciones que publica, la confianza pública para garantía de la verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y demás actos de los ciudadanos.

MANZANO SOLANO²⁷ explica que, establecer la publicidad como una verdad oficial o verdad jurídica, es un medio para contrarrestar las inseguridades en las transmisiones inmobiliarias. Entonces, solo puede co-

nocer y respetar lo que es público y lo que es público no es aparente; aparente es solo la situación de hecho carente de firmeza. Por ello, ha de entenderse que el titular registral adquiere en base al registro porque es el único que ha cumplido los requisitos para el ejercicio del derecho frente a todos —absolutividad—.

La preservación de los derechos, mediante la llamada seguridad jurídica preventiva o cautelar de los intereses privados, encuentra en el Registro de la Propiedad, el más eficaz instrumento de seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario a través en las presunciones de existencia, pertenencia y alcance de los derechos inscritos que, con mayor o menor vigor establecen todos los sistemas registrales inmobiliarios. Más allá de la prueba de la existencia del negocio y de su plena eficacia entre las partes, o en los efectos sustantivos derivados de la inscripción, se acoge la idea misma de publicidad jurídica como un instrumento que refuerza la eficacia *erga omnes*.

MANZANO SOLANO²⁸ intenta conciliar la teoría del título y el modo con la inscripción registral. A su juicio, la existencia jurídica del derecho real depende de tres elementos: título, modo y publicidad. O si se prefiere de dos elementos: título y modo; pero el modo no es la simple entrega, real o ficticia, sino la entrega pública del bien, que se consigue por dos medios: la inscripción como medio ordinario, eficaz y firme y la posesión pública como medio extraordinario y claudicante²⁹.

PAU PEDRÓN³⁰, aporta otros elementos a la consideración de la verdad oficial pues para él existen dos vertientes o aspectos a considerar: una concerniente al ordenamiento jurídico que exige leyes compresibles y duraderas y otra referida a la seguridad jurídica de cada situación en concreto. Para esta postura el fundamento principal de la publicidad es la seguridad jurídica que debe garantizar todo Estado a sus ciudadanos.

RODRÍGUEZ OTERO³¹, determina que la verdad oficial representa el máximo de eficacia atribuido a la constatación registral: esta, sin necesidad de otro elemento, opera el cambio real. Ve en la publicidad registral cierta pureza que equivale a la verdad real. Este autor, sustenta una postura radical pues alega que no puede haber discrepancia entre Registro y realidad, al no haber otra verdad más que la del Registro, ni puede hablarse de apariencia jurídica ni de protección a la buena fe del adquirente.

La verdad oficial, en todas sus vertientes, eleva los efectos de la inscripción a una garantía suprema por parte del Estado para quienes pretendan adquirir derechos sobre inmuebles; en contrario con la doctrina de la protección de la apariencia por considerarse inadecuada para explicar la naturaleza jurídica de la institución. Lo publicado es entonces una proclamación oficial de situaciones jurídicas que contienen los asientos, haciendo ver como una consecuencia lógica el que esté dotado de una presunción de exactitud. Se muestran dos escenarios paralelos donde funcionan reglas

distintas de protección, o sea, ante la no inscripción de un título prevalecen las reglas del derecho común, mientras que ante los conflictos generados entre una situación inscrita y una que no lo está deben aplicarse las normas del Derecho Hipotecario.

Ambas tesis —protección de la apariencia y verdad oficial— sirven para comprender los dos principios hipotecarios que conforman la publicidad material. El primero conocido como legitimación registral, en cuya virtud se establece una presunción *iuris tantum* de exactitud del contenido de los asientos registrales —apariencia registral—. El segundo y más polémico, es conocido como principio de fe pública registral —verdad oficial— mediante el cual, una vez cumplidos determinados presupuestos, se convierte en inatacable el derecho adquirido por un tercero que adquiere del titular inscrito.

III. EL PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

El principio de legitimación como contenido de la publicidad material se inspira en la protección de la apariencia de la *Gewere*. Consiste en presuponer que el derecho inscrito se corresponde con la realidad jurídica y acredita *prima facie* que existe hasta su cancelación. El principio tiene consecuencias sustantivas y procesales.

Desde el Derecho sustantivo implica la salvaguarda judicial de los asientos registrales en virtud de una presunción de exactitud y veracidad. Por legitimación o veracidad debe entenderse entonces, en primer orden, que el derecho real existe y pertenece al titular inscrito conforme al contenido del registro. También se presume que el titular del derecho asentado tiene la posesión de la finca y la facultad de disponer de ella.

Desde lo procesal es una regla general que admite prueba en contrario, a través del ejercicio de una acción de rectificación del Registro ante los tribunales demostrando la inexactitud del mismo, bien porque no existe o no pertenece el derecho a la persona que proclama el Registro, en el caso de la inscripción, o bien porque existe el derecho, aunque en el Registro se hubiese cancelado la inscripción correspondiente.

La legitimación registral es entonces la posición jurídica que ocupa el titular inscrito respecto a determinados bienes o derechos. Es la particular relación que conecta al titular de un derecho registrado con el objeto del negocio jurídico; su idoneidad para celebrar un negocio concreto, lo cual le permite disponer de las cosas o derechos como si le pertenecieran.

Opera en un sentido positivo de manera activa porque se atribuyen al titular registral las posibilidades de actuación con el solo hecho de haber inscrito su derecho, en tanto la certeza y publicidad que confiere el Registro

trasciende a cualquier ámbito y contra todos. En sentido negativo, coincide con el criterio pasivo en cuanto a las expectativas, o lo que puede esperarse de la inscripción, entendiéndose que no le perjudicarán aquellas circunstancias que no consten expresamente en el asiento registral.

La inscripción deviene entonces en una prueba preconstituida, en tanto desde que se realiza tiene efectos acreditativos de titularidad frente a terceros. La certificación se lleva al proceso como un medio de prueba documental, de carácter público, susceptible de impugnación, pero dotado de toda la fuerza justificativa que el ordenamiento adjetivo le concede. Los efectos de la legitimación se reducen a las partes: el titular registral y quien intente demostrar lo contrario. Un fallo en favor del titular registral solo le aseguraría conservar su derecho frente a quien le ha demandado, quedando expedita la posibilidad de volver a ser enjuiciado el derecho inscrito por otras personas.

1. SU ESPECIAL CONFIGURACIÓN EN CUBA

Este principio no se reguló en la Ley Hipotecaria de Ultramar de 1893. Se introdujo en España con la Reforma de 1909, para luego desarrollarse y alcanzar consolidación con el texto refundido de 1944³². Ninguna de las dos modificaciones llegaron a Cuba. De esta manera, la inscripción actuaba como simple corroboración o garantía de los títulos de derecho y solo acreditaba la actuación del registrador, pero no la esencia y contenido del contrato, que no constituía por sí sola un título de legitimación. La existencia del derecho de dominio debía apreciarse por lo que resultara de la escritura o documento correspondiente.

AGUSTÍN AGUIRRE³³, al respecto, advirtió que, en el sistema cubano la inscripción tenía carácter de verdadera legitimación solo respecto al tercero. Pretendía ser una medida de garantía en favor de los titulares inscritos y constituir una presunción *iuris tantum*, solo discutible en el juicio declarativo correspondiente. Esto no ocurría exactamente en ese sentido, porque el estado registral de los derechos reales inscritos no lograba probar la existencia de dichos derechos, ni tampoco que el titular —según el registro— era el verdadero titular.

Sentenciaba que, «...la inscripción en el registro no constituye, en verdad, una descarga probatoria; sobre el titular inscrito pesa hoy, como antiguamente la obligación de probar en todo momento y juicio, la existencia de su derecho y que el mismo le pertenece, amén de los otros elementos de juicio que se refieren a la identidad del inmueble y a la detentación de su contradictor»³⁴. La presunción —de idéntica forma que la establecida por el artículo 1462 del Código civil español— estaba plagada de todas las reservas que la vieja

probatio diabólica sintetizaba en el antiguo aforismo latino: *nemo dat quod non habet*.

El principio de legitimación registral se introduce por primera vez en Cuba con la promulgación del Decreto Ley 335/2015 que lo reguló en su artículo 4, inciso e), denominándolo principio de veracidad: «*La información contenida en los registros se presume veraz, completa, exacta y actualizada, mientras no se declare su inexactitud por tribunal competente*». En este sentido, persigue preservar la seguridad jurídica como un valor primordial, por lo que no se reduce a tutelar un interés privado solamente.

No obstante, el principio de veracidad es solo una arista de la publicidad material que, no logra en sí mismo satisfacer dicho interés público de garantizar la seguridad jurídica sobre el tráfico inmobiliario. Su regulación en el Decreto Ley 335/2015 responde a la técnica de las presunciones *iuris tantum* que implica el asumir los asientos como exactos, pero ello demanda de postulados sustantivos y procesales para su desarrollo.

Como dijera RIVERO VALDÉS y COBAS COBIELLA³⁵, «*a juzgar por los casos tasados en los que el registrador puede emitir certificaciones (Resolución 114/2007, art. 69.2. a-e) la finalidad del asiento es acreditar la titularidad ante los tribunales, la administración y otros funcionarios públicos*». De modo tangencial parece inferirse que el asiento registral puede ser determinante para atribuir al titular la capacidad dispositiva sobre el bien, porque los notarios requerirán certificación de dominio con el objetivo de autorizar nuevas transmisiones³⁶. Sin embargo, a los notarios no les viene obligado por ley exigir una certificación expedida en fecha reciente al acto de transmisión, lo cual podría implicar un supuesto de inexactitud que provoca una transmisión por parte de un *non domino*.

En otro orden, la Ley de procedimiento civil, administrativo, laboral y económico (LPCALE)³⁷, en su artículo 281 apartado 3, regula entre los documentos públicos a los registros oficiales y las certificaciones de los asientos que obren en los mismos expedidas por los funcionarios que los tuvieron a su cargo. En virtud del citado precepto, tanto los asientos obrantes en los libros de inscripción como las certificaciones expedidas por el Registrador de la Propiedad que cumplan las formalidades legalmente establecidas, serán considerados documentos públicos³⁸. La LPCALE dispone a manera de *numerus clausus* los documentos que ostentan el carácter de público. Según MENDOZA DÍAZ³⁹ de este precepto se puede inferir que «*...los documentos públicos son los autorizados por funcionarios depositarios de la fe pública, ya sea notarial, administrativa o judicial*».

Estos están dotados de una presunción de autenticidad. Se trata de un elemento que les identifica y que realiza el legislador procesal al conferirle valor de prueba plena. De manera que, cuando se presenta al proceso como medio de acreditación, no se requiere la demostración de su validez, pues

se entiende que la fecha de su otorgamiento, sus autores y su contenido son veraces y, por tanto, se reputa su eficacia y suficiencia probatoria⁴⁰. De tal modo se reafirma el hecho de que el documento de carácter público no necesita su demostración previa y por ello nace con el máximo grado de valoración⁴¹. Asimismo, la ley adjetiva —con alcance general— establece que, para la eficacia de los documentos, libros y registros regulados por leyes especiales, se tendrán en cuenta, en todo caso, las disposiciones que rijan al respecto⁴². Las normas registrales cubanas actuales no regulan la eficacia del asiento de inscripción ni de la certificación de dominio y gravamen que le representa y, aunque de su carácter de documento público se infiere que surte efectos en el tráfico jurídico, lo cierto es que la carencia de preceptiva expresa sobre su eficacia provoca incertidumbre en cuanto a qué efectos produce por sí.

Relativo al carácter probatorio del asiento registral como documento público, no puede decirse que la ley de trámites atribuya eficacia ofensiva ni defensiva en su favor porque ello corresponde a la norma registral conforme a la letra del propio artículo 293 de la ley de procedimiento cubana.

Por otra parte, el artículo 294 de ese propio texto regula⁴³ que los documentos públicos harán prueba plena entre las partes y, en cuanto a los terceros, no apellida el valor probatorio, sino que utiliza el término «harán prueba»; confusa redacción que ha llevado a MENDOZA DÍAZ⁴⁴ a precisar que: «... la ley procesal cubana, inspirada en la dogmática heredada del Código civil español, dividió el valor probatorio pleno del documento notarial, de una parte, para los intervinientes y de la otra para los terceros (...) hacia los comparecientes en cuanto a: la fecha del documento, el motivo del otorgamiento, las declaraciones que contenga el documento o que de ellas inmediatamente se deriven; hacia terceros en cuanto a: la fecha del documento y el motivo del otorgamiento». Análisis que motiva interrogantes, pues de la letra del precepto que alude a partes y a sus declaraciones se infiere que su alcance se limita al documento notarial, público por excelencia; pero no corren igual suerte el resto de los documentos públicos, tales como certificaciones registrales de cualquier tipo.

Las certificaciones registrales, entre ellas la certificación expedida por el registrador de la propiedad, debería entenderse como prueba preconstituida que refleja sucesos acaecidos con anterioridad al juicio y que hacen prueba plena de su contenido hasta que no se rectifique el asiento que lo contiene. Es una consecuencia obligada del carácter presuntivo de la exactitud registral que, mediante el oportuno procedimiento declarativo, se constate el vicio o causa de invalidez del título inscrito, con ineludible llamada al proceso del sujeto que pudiera resultar perjudicado.

En consecuencia, la intención del legislador del Decreto Ley 335/2015 al establecer la veracidad registral queda trunca y aislada en una norma que

enuncia un efecto desconectado del resto del ordenamiento y que lo señala sin determinar su contenido al no estar comprendido entre los documentos públicos del artículo 294 de la LPCALE.

La inscripción debe cumplir una función probatoria, divulgativa, complementaria, o de publicidad y oponibilidad adicional, con independencia del título que la funda. El asiento informa y hace cognoscibles los datos de su contenido sustancial e instrumental, a quienes acceden al Registro de la Propiedad. Esta fue la intención del legislador de la LHU en relación con los terceros (Cfr. arts. 27, 31, 34) civiles y registrales, al establecer que la inscripción era otra prueba de la existencia del derecho que, al igual que el derecho real no registrado, se presumía conocido por todos; solo que —en este caso— la ley determinaba el momento en que dicho conocimiento presunto comenzaba y generaba efectos.

El Reglamento de la LHU —en sus artículos 88 al 90— establece que cualquier demanda por nulidad de asiento⁴⁵ debía ser notificada de oficio al registrador al efecto de practicar nota marginal que subsistirá hasta el fin del proceso a reserva de la decisión final. De ello podría colegirse que resulta necesario y lógico demandar al titular registral, aunque la acción se dirigiese a un titular anterior. Las normativas registrales actuales⁴⁶ nada establecen al respecto porque se concretan en los procedimientos para impugnar la decisión de calificación e inscripción en casos de inmatriculación y tracto abreviado por titulación ordinaria y por convalidación de tracto.

El título declarativo judicial o el instrumento notarial, aunque afirman la existencia o inexistencia del dominio inmobiliario no liberan *ad futuram* de las dudas sobre su certeza definitiva. Cada vez que un tercero pretenda ignorar el título y el derecho, el dueño habrá de entablar un proceso para consagrar su *status*, excepto que algún sistema jurídico establezca la inexpugnabilidad de determinados títulos declarativos, pues los sistemas registrales inmobiliarios dotan al dueño con un título declarativo inscrito de la oponibilidad registral, reforzándolo con la legitimación.

Un título declarativo inscrito será oponible y presuntamente válido, cierto, exacto, legal y concordante con la realidad extrarregistral, frente a cualquier persona; liberando al titular de ejercer acción alguna contra el impugnante. El asiento genera y mantiene todos sus efectos mientras el oponente no obtenga resolución judicial o administrativa que lo desvirtúe y que declare un nuevo derecho de propiedad en contra del titular registral; pero ello no resulta suficiente, requiere de inscripción y consecuente cancelación del asiento originario.

El sistema registral inmobiliario cubano en estos momentos ha introducido cambios asistemáticos con el ordenamiento civil y procesal y para las reglas sobre el tráfico jurídico, prescindiendo de toda coordinación bajo el supuesto de ser legislación especial y con olvido de la idea tradicional del

engarce entre los sistemas de Derecho civil y de publicidad registral. De esta circunstancia, el título declarativo del dominio ha subsistido formalmente entre los registrables, pero el condicionamiento de la capacidad dispositiva de la persona por el cumplimiento del deber de inscribir implica escindir su valor —prueba de derecho adquirido— y convertirlo en un momento dentro de la adquisición del carácter de dueño por la inscripción.

IV. LA FE PÚBLICA REGISTRAL

Otro de los principios en los que publicidad material se traduce para el logro de la seguridad es el principio de fe pública registral —verdad oficial— mediante el cual, una vez cumplidos determinados presupuestos, se convierte en inatacable el derecho adquirido por un tercero que adquiere del titular inscrito. Se convierte entonces en *iuris et de iure* la *presunción iuris tantum* de la legitimación registral. Es un efecto protector que privilegia la seguridad dinámica sobre seguridad estática respecto a las adquisiciones inmobiliarias, pues evita que las causales de ineficacia jurídica de los títulos anteriores afecten al tercero, aunque se anule, resuelva o rescinda el derecho previo a su adquisición.

Según ROCA SASTRE⁴⁷ aunque «*los asientos del registro se hallen en contradicción con la realidad jurídica, su valor es decisivo en cuanto lo que expresan prevalece sobre la realidad ante el tercer adquirente protegido*». O sea, actúa a modo de ficción de veracidad porque ley inviste de efectos a la inscripción mediante los que constatan la existencia, extensión y titularidad de los derechos reales inmobiliarios registrados, cuya consecuencia es mantener en la adquisición a un sujeto bajo las circunstancias especificadas en la norma.

Según LÓPEZ Y LÓPEZ y PIZARRO MORENO⁴⁸ la fe pública registral está diseñada para operar en las economías que se basan en un frecuente intercambio de los derechos, donde la observancia de la seguridad estática, no puede ser total. LASARTE⁴⁹, justifica su presencia desde la teoría de la confianza, aseverando que constituye un peldaño en la seguridad del tráfico. A mi juicio, las circunstancias que impulsan a que cada sistema registral configure su propia versión del denominado «tercero hipotecario», «tercer adquirente», «beneficiario de la fe pública registral» o como se le quiera denominar. No existe una figura única homologable a todos los contextos; ello depende de las condiciones del tráfico jurídico, del mercado inmobiliario y del derecho sustantivo de cada región. Tampoco existen requisitos universales que los sistemas registrales deben adoptar para proteger a los terceros. Ergo, si deben observarse reglas en su configuración que de violarse torcerían la figura y provocarían inseguridad jurídica en vez de protección.

La observancia o inobservancia de tales presupuestos obedecen a las propias características del tráfico jurídico sobre inmuebles, a la función que quiera atribuírsele al Registro dentro del sistema de transmisiones, y en algunos contextos a una mera política legislativa. Cuestiones que ameritan adaptar la protección del tercero a las condiciones del mercado y a la frecuencia de las transacciones en cada país en particular.

El sistema registral cubano actual, ha sido estructurado desde unos presupuestos económicos y sociales que, en su dimensión registral, es deficiente en cuanto a la regulación de la publicidad material. En la Cuba de hoy, necesariamente, ha de determinarse la cuestión de si la LHU es aplicable.

1. ¿VIGENCIA?

Según la teoría del Derecho un acto normativo pierde su vigencia cuando es abrogado, subrogado, derogado propiamente o modificado por otro acto. FERNÁNDEZ BULTÉ⁵⁰ al explicar la abrogación indica que consiste en dejar sin efecto una ley sin que otra venga a ocupar su lugar y cita a la LHU como ejemplo de este tipo de derogación en Cuba. Siguiendo esta postura ha de tenerse en cuenta, además, que, la vigencia de dicha norma debe analizarse atendiendo a la naturaleza dual de su contenido, pues, de una parte, regula la hipoteca y de otra, establece lo concerniente al funcionamiento, estructura, organización del Registro de la Propiedad, así como la forma y efectos de la inscripción y demás asientos.

No es hasta el año 2000 con el Decreto Ley 214 que cobran importancia nuevamente las disposiciones de este cuerpo legal. Precisamente en su TERCER POR CUANTO se encuentra la primera y única referencia a la vigencia de la norma. El mismo refiere expresamente:

«El ordenamiento jurídico actual no reconoce la institución de la hipoteca sobre bienes inmuebles, al no haberse previsto su regulación en las leyes civiles actualmente vigentes. Así mismo, desde la aprobación de la Ley núm. 1261, de 4 de enero de 1974, las disposiciones de la Ley Hipotecaria y su Reglamento, aún vigentes, que regulaban el procedimiento sumario para el cobro de créditos, resultaron derogadas».

O sea, que, en el año 2000, podía considerarse LHU vigente formalmente en cuanto no se opusiera al resto de las normas del ordenamiento jurídico cubano. Luego el Decreto Ley 289 de 21 de noviembre de 2011 permitió también la constitución de hipotecas voluntarias en favor de instituciones financieras y de crédito cubanas. Ergo, por los propios impedimentos de las normas especiales, no se han constituido hasta la fecha ningún gravamen

hipotecario en el país. Puede concluirse en este punto que, la LHU está formalmente vigente en materia de hipotecas, aunque su constitución depende de que desaparezcan los impedimentos legales de otras normas especiales.

En cuanto a lo concerniente al Registro de la Propiedad inmobiliaria, la vigencia del texto de ultramar discurre por un sendero lleno de oscuridad. Las nuevas disposiciones dictadas regulan la organización, funcionamiento, estructura, procedimiento, formas y efectos de la inscripción en detrimento de la eficacia de la publicidad material, regulada en el Título II, «De la forma y efectos de la inscripción» vis artículos 33 y 34 de la LHU.

Así, la Resolución 247/2003 en el Capítulo V denominado «La inscripción y sus efectos» no estableció el principio de legitimación ni el de fe pública registral. La posterior Resolución 249/2005 subroga a la anterior y utiliza una técnica distinta para regular lo concerniente a la inscripción que incluye en el capítulo II «Del Procedimiento Registral Sección Primera: Inscripción». Técnica que hereda la vigente Resolución 114/2007. En ambas normas se mantiene la ausencia de efectos materiales a las inscripciones. Finalmente puede aseverarse que la LHU está vigente en lo relativo a las hipotecas voluntarias, pero no, en lo concerniente a la forma y efectos de las inscripciones.

El punto neurálgico para comprobar las dudas que aún persisten al respecto reside en la solución de los conflictos por los tribunales en cuanto a la protección del titular inscrito y los terceros. Es preciso analizar el contenido de la publicidad material en la LHU en correspondencia con la actuación de la judicatura patria.

Según la LHU en su artículo 33, la inscripción no convalidaba los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes. En idéntica redacción al 33 de la LHE, el legislador estableció que por medio de la inscripción no se sanearía ningún título defectuoso, o sea, lo que extrarregistralmente fuese declarado nulo no se convertiría en válido por el hecho de la inscripción.

Ante esta regla general, el artículo 34 establecía una excepción: *«No obstante, lo declarado en el artículo anterior, los actos y contratos que se ejecuten u otorguen por persona que en el registro aparezca con derecho para ello, no se invalidarán en cuanto a tercero, una vez inscritos, aunque después se anule o resuelva el derecho del otorgante en virtud del título anterior no inscrito o de causas que no resulten claramente del mismo registro. Solamente en virtud de un título inscrito podrá invalidarse, en perjuicio de tercero, otro título posterior también inscrito».*

«Lo dispuesto en este artículo no producirá efecto hasta un año después de que empiece a regir la presente ley, y no será aplicable en ningún tiempo al título inscrito, con arreglo a lo prevenido en el artículo 397, a menos que la prescripción haya convalidado y asegurado el derecho a que se refiera dicho título».

Con esta fórmula el legislador de la época reconoció que la inscripción no podía sanear los títulos nulos conforme a lo dispuesto en el derecho civil, ni dar derecho a quien no lo tenía; pero para cumplir una función económica-jurídica del régimen, estimó que debía ofrecer una especial protección a determinados titulares inscritos que cumplieran los requisitos que establecía el artículo 34. No aceptar esa conclusión era reducir la eficacia del régimen inmobiliario de publicidad a una expresión meramente informativa, carente de publicidad material donde la seguridad jurídica dinámica se vería afectada al extremo de provocar la desconfianza de los titulares que buscaban la protección del Registro.

Los adquirentes que confiaran en la publicidad e inscribieran su título, sin que una inscripción previa o título presentado evidenciaran causas de nulidad, quedaban amparados por los efectos sustantivos de la inscripción. Quien adquiría un derecho de propiedad según el Registro e ignoraba las causas de nulidad, no mostradas por la inscripción, quedaba amparado por fe pública registral, aunque el negocio causal precedente fuera nulo y aunque el transmitente obrara de mala fe⁵¹.

Tres eran los requisitos para obtener la protección de la fe pública registral conforme al texto de este cuerpo normativo:

- Adquirir de quien en el Registro aparece con derecho.
- Ser tercero.
- Inscribir el derecho que se adquiere en virtud de esa transmisión.

No se exigía la onerosidad ni la buena fe. Presupuestos que se fueron incorporando jurisprudencialmente, siguiendo la orientación de las reformas de 1944-1946⁵², que refundieron el texto hipotecario español y que aunque no modificaron la Ley de Ultramar de 1893, influenciaron a la doctrina y la jurisprudencia cubana de la época.

Entonces, para obtener la protección del artículo 34 se requería primeramente que, existiera una inscripción y que esta protegiera a quien alegaba su condición de tercero. Tercero a efectos de la LHU era toda aquella persona que no hubiera intervenido en el contrato inscrito⁵³. El tercero registral se configuraba como el titular inscrito que resulta beneficiado por la fe pública registral. Es decir, es el que resulta protegido por el ordenamiento jurídico y mantiene su derecho inscrito en el registro cuando el de su transferente se ha anulado, rescindido o resuelto en mérito a causas que no constan en el Registro.

Como segundo presupuesto era necesario examinar todas las enunciaciones del Registro para observar si constaban o no causas de nulidad o de resolución, o de cualquier otro orden, que afectaran o perjudicaran al tercero. También había que examinar el título inscrito en el cual se am-

paraba la adquisición del tercero para ver si del mismo no resultaba las causas. Igualmente se revisaban los actos y contratos en que el titular había intervenido, para determinar si en ellos existía alguna causal de nulidad⁵⁴.

Respecto a la buena fe, en una postura inicial, consideró DORTA DUQUE, era un elemento integrante de la fe pública registral y que su ausencia afectaba la esencia del régimen de sustantividad funcional o relativa. Aunque este requisito no aparece en ninguno de los preceptos de la Ley de Ultramar, fue introducido por la jurisprudencia cubana de otrora de una manera constante⁵⁵. Por ende, el tercero de mala fe no podía consolidar su adquisición debido a que este conocía de una situación extrarregistral que podía afectar su derecho.

Luego, dicho autor estimó conveniente sustituir el principio de la buena fe por el principio de las equivalencias, que en sus propias palabras significa: *«que la buena fe es el sustitutivo de lo inscrito, porque si el tercero conoce de la existencia de la causa de rescisión o de resolución, o del derecho real que afecte al bien inmueble que adquiere, sufrirá de esa causa o del referido derecho, aunque no se inscriban. Por eso debe hablarse de equivalencias, para restringir a esas consecuencias las del principio de buena fe y eliminar las dudas de sus efectos frente a la sustantividad de la inscripción»*⁵⁶.

Es decir, más que buena o mala fe, lo transcendental era la exactitud o inexactitud del Registro. Por ello el efecto de la fe pública registral no se configuraba si quedaba en evidencia algún elemento anulatorio que hacía decaer la eficacia del asiento de inscripción.

Se debe a ROBLES ESPINOSA⁵⁷, el concepto de la buena fe hipotecaria en Cuba, el cual elaboró a partir de la jurisprudencia. Al respecto apuntó que teniendo como punto de referencia un supuesto de inexactitud registral, su aspecto positivo y negativo fue fijado por algunas sentencias de la época como la ignorancia del titular registral de una publicidad inexacta. La mala fe registral, por su parte, estaba asociada al perfecto conocimiento de quien alegaba ser tercero de las causas que viciaban su título o de las condiciones concurrentes en su adquisición aun cuando unas u otras no aparecieran explícitamente en el Registro, siempre que aquel conocimiento fuera por efecto de actos propios o de hechos que podía percibir por sus sentidos⁵⁸.

2. SU APRECIACIÓN POR LA JUDICATURA CUBANA

La labor de la judicatura patria en la actualidad, en cuanto a los efectos sustantivos de las inscripciones, ha discurrido por disímiles posturas que no encuentran una línea de solución uniforme. El más alto foro cubano ha protegido o desconocido el derecho de los terceros, de mantener la ad-

quisición de un inmueble, con criterios que se alejan del principio de fe pública registral.

En este sentido, ante la apreciación de causales de nulidad absoluta del causante o transferente de un derecho, se ha afectado al tercer adquirente operando la regla de la nulidad en cadena. Es el supuesto de la Sentencia núm. 474 de 31 de agosto de 2017 el TSP que confirma la nulidad de una escritura pública de adjudicación de herencia y la posterior compraventa, producto de la preterición de un heredero y que despoja al tercero adquirente de buena fe de la vivienda comprada. Situación que se reitera en la Sentencia núm. 680 de 31 de agosto de 2018 el TSP, donde el juzgador entendió que ante una causal de nulidad de pleno derecho en el acto adquisitivo queda afectado también el tercer adquirente, sustentándose que este al ser parte en el acto cuya ineficacia se determinó no podía quedar protegido⁵⁹.

En otros supuestos, por el contrario, se ha apreciado, injustificadamente la nulidad de la adquisición de la que trae causa el tercer adquirente, para la protección del mismo. Es el caso de la controversial Sentencia núm. 641 de 13 de octubre de 2017 el TSP, que declara sin lugar la nulidad de una escritura de constitución de copropiedad y donación de vivienda. En su razonamiento el juzgador reconoce que los títulos anteriores a este acto carecían de los requisitos esenciales exigibles al momento de su perfección —por lo que en él se apreciaba, como lo hizo el tribunal de instancia, la causal de nulidad—, mas entendió ponderar como más importante y justo que el transcurso del tiempo (30 años) y el no abuso del derecho, eran argumentos sólidos y suficientes para mantener en la adquisición a los terceros adquirentes⁶⁰. Este caso hubiera sido resuelto con la figura de la prescripción adquisitiva extraordinaria, pero no está regulada en la legislación cubana.

La protección al tercero por medio de un principio general como la prohibición del ejercicio abusivo del derecho por inacción sostenida del titular puede ser una solución atinada para un determinado supuesto. Ciertamente hoy el juez no solo aplica una regla concreta para solucionar un conflicto, sino que también encuentra la solución, para casos específicos, en los principios generales. No obstante, el asumir o no esos principios queda a la interpretación del juzgador, no es vinculante por lo que de esta manera puede variar su criterio al ser el concepto de abuso del derecho *per se in abstracta*, por lo que es tarea de la judicatura concretarlo, afinarlo y enriquecerlo mediante sus pronunciamientos.

En los anteriores supuestos se entiende que el titular registral en su condición de tercero, debe ser mantenido en el derecho de propiedad adquirido sobre un inmueble y para ello el propio foro expresa que, por tales fundamentos no puede apreciarse la nulidad de los actos jurídicos anteriores. Ello es contrario al propio contenido de la fe pública registral que precisamente protege contra la ineficacia de los actos anteriores a la adquisición.

Los anteriores criterios desnaturalizan la publicidad material que debe beneficiar a los titulares registrales. Precisamente la fe pública registral, aunque no convalida los actos y contratos nulos conforme a la ley, tiene por finalidad proteger al titular inscrito que ostenta la condición de tercero ante la nulidad, rescisión o resolución. Supeditar la protección a la eficacia negocial del acto o contrato anterior a la adquisición del titular registral es contrario a la fe pública registral. Criterio que refuerza la idea de que el juzgador no entiende aplicable el artículo 34 de la LHU.

Otro presupuesto que ha sido tenido en cuenta, en las sentencias recaídas en los procesos, tanto para confirmar como para desestimar la protección al titular inscrito ha sido la observancia de la buena fe. Ausente de las normas registrales, la buena fe para proteger al tercero ha sido apreciada a partir del artículo 6 del Código civil cubano. La judicatura patria ha interpretado y aplicado dicho precepto con un sentido y alcance que difiere de la buena fe registral⁶¹, la cual fue construida sobre la base de una debida diligencia o de un desconocimiento de las inexactitudes del Registro.

En la Sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017 el TSP utiliza la buena fe del Código civil para proteger a un tercer adquirente, yendo incluso contra la propia su propia práctica sostenida alegando que, la actuación de buena fe del tercer adquirente es razón para que no le afecte una causal de ineficacia puesto que la inscripción en el Registro imprime de certeza y validez al acto publicitado⁶². Sin embargo, al poco tiempo, la propia Sala dictaría la Sentencia núm. 234 de 20 de abril de 2017⁶³ que niega la protección al tercer adquirente bajo los mismos requisitos de la buena fe que anteriormente había apreciado.

El anterior fallo del Tribunal Supremo constituyó un giro de 180.º hacia la concepción ética de la buena fe, entendiendo ahora, que el comportamiento del tercero no había sido diligente y que por ende no podía quedar protegido. Muy al estilo de la Sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2015⁶⁴, donde este alto foro exigió una especial diligencia al tercer adquirente más allá de la consulta del contenido del Registro de la Propiedad. El Tribunal Supremo de España exige una especial diligencia, según la cual la buena fe consiste en la convicción de no lesionar legítimos derechos o intereses ajenos y, en consecuencia, la buena fe solo protege del error excusable. Por ello, esta concepción exige al adquirente de un titular registral una mayor diligencia que la denominada concepción psicológica. Diligencia que va más allá de la consulta del contenido del Registro de la Propiedad.

Otra circunstancia que debilita la publicidad material, en detrimento de la seguridad de las adquisiciones por terceros, es la protección al conviviente sobre el titular inscrito que regula la LGV. Desconcertante es que situaciones de clandestinidad, logren oponerse a titulares inscritos y pro-

duzcan la nulidad de una compraventa por su desprotección conforme al artículo 70.⁶⁵ El derecho de convivencia es un singular derecho de confusa naturaleza jurídica, que constituye una causal de ineficacia cualificada de la compraventa. Siendo la clave para que el comprador conserve su derecho de propiedad, el demostrar que la compraventa no produjo un desamparo habitacional. Situación que se torna compleja, más cuando hay circunstancias en que dicho desamparo puede producirse tanto para el conviviente⁶⁶ (tercero especial) como para el comprador (tercero hipotecario).

La tendencia general en este tópico la ilustra la Sentencia núm. 696 de 17 de septiembre de 2018: *«(...) la decisión adoptada a favor de contrarrestar los efectos de la escritura pública notarial objeto de impugnación, se consolida en beneficio de los otrora demandantes, hijo y progenitora de la otorgante propietaria, en tanto, deliberadamente enajenó a título oneroso la vivienda de residencia permanente que con carácter de convivientes ocupaban, sin que pueda prevalecer sobre la especial protección habitacional que les asiste, la virtualidad de un contrato formalizado (...)»*.

La línea de solución judicial oscila entre ponderar la protección bajo el criterio de que *«(...) a pesar de no haber cesado la ocupación del inmueble por el conviviente, se integra el desamparo habitacional ante el cambio de titular, por no existir vínculo de parentesco con el impugnante»* como en la Sentencia núm. 682 de 6 de marzo de 2018; hasta la de exceptuarla cuando *«... a pesar de tratarse de un conviviente protegido por la norma, no se despliega la tutela si este tuvo una participación directa en el contrato objeto de impugnación»*.

En su mayoría prevalecen los supuestos donde la protección al conviviente ha anulado la publicidad material en detrimento del derecho del adquirente⁶⁷. Así, en la Sentencia núm. 180 de 6 de marzo de 2018, se sanciona con nulidad a una compraventa porque la vendedora no había declarado que su hermano y conviviente estaba recluso en un establecimiento penitenciario. La vendedora emigró al extranjero al día siguiente de la compraventa, evadiendo toda posibilidad de responsabilidad civil y penal. El perjudicado, alegó sin suerte, los fundamentos del 33 y 34 de la LHU. El fallo en contrario se sustentó en que: *«el derecho del conviviente desprotegido con la controvertida compraventa inmobiliaria debe atenderse con prelación al de la compradora que actuó de buena fe al desconocer la causal de ineficacia que invalidaba el negocio concertado»*⁶⁸. También en la Sentencia núm. 182 de 6 de marzo de 2018⁶⁹, se anuló una compraventa inscrita, donde los compradores habían consentido la convivencia del supuesto conviviente desprotegido y hasta le habían facilitado una llave de la casa.

La protección al conviviente en Cuba ha estado signada por el déficit habitacional que ha tenido que enfrentar el país. No es dable poner en tela de juicio que existan normas que protejan a un sector vulnerable de la

población contra determinados actos del propietario que impliquen negar habitación a sus descendientes o ascendientes, por citar un ejemplo. No obstante, ante el incumplimiento de esa obligación, por qué sancionar con nulidad un negocio jurídico que también afecta al tercero hipotecario que ha confiado en la publicidad material.

El carácter tuitivo de la norma comporta varias problemáticas de difícil comprobación. En primer orden, es una exigencia hacer la advertencia legal en la escritura notarial de que con el acto dispositivo no se desprotege al conviviente. ¿Cómo comprobarlo? ¿Cómo puede el notario asegurarse de la veracidad de esa declaración? ¿Qué medios tiene un comprador diligente para verificar quienes son los convivientes? ¿Le corresponde al comprador realizar averiguaciones de las cargas que pesen sobre el inmueble? ¿Es inscribible el derecho de convivencia en el Registro de la Propiedad?

Establecer para el tercero hipotecario la obligación de investigar si existen convivientes es una carga de la cual debe eximirle la publicidad del Registro de la Propiedad. Tampoco existe un registro oficial de convivientes que acredite las personas que ostentan esta especial protección. Ciertamente podría averiguarse mediante el registro de direcciones quienes se domicilian en una vivienda, pero domicilio legal no indica convivencia según la propia práctica sostenida del Tribunal Supremo⁷⁰. Entonces solo cabría la posibilidad de indagar personalmente con vecinos, familiares o allegados sobre la existencia de convivientes, lo cual no implica una diligencia efectiva.

La convivencia no es un derecho real de los reconocidos por el Código civil cubano y tampoco se encuentra dentro de los derechos inscribibles que establece la Resolución 114/2007. Lamentablemente esta situación de clandestinidad ha afectado al tercero que no tiene medios para realizar una comprobación ni le corresponde hacerla. La especial protección al conviviente afecta la facultad de disposición de los titulares, hace caer la adquisición de donatarios, permutantes o compradores de viviendas. En consecuencia, un derecho no inscribible logra anteponerse a uno inscrito haciendo de la información registral inexacta y generando desconfianza en el contenido de los asientos.

A pesar de los anteriores criterios, recientes dictados del Tribunal Provincial de La Habana han mostrado una línea de solución más atinada. Los razonamientos en favor de la protección del tercero hipotecario siguiendo la orientación del artículo 34 de la LHU se sostienen en criterios alentadores. La Sentencia núm. 118 de 31 de julio de 2018⁷¹, es un ejemplo de ello, pues se mantiene en la adquisición al tercer adquirente sobre los presupuestos del artículo 34 de la LHU. En idéntico sentido la Sentencia núm. 137 de 31 de agosto de 2018⁷², sigue la orientación de la doctrina sobre el tercero. En ambas se deja sentado con contundencia que las nulidades del título

anterior no pueden afectar al tercero que de buena fe adquiere de manera onerosa confiando en la publicidad del registro y que luego inscribe su derecho. El tribunal de instancia incluso entiende parcialmente vigente la LHU y se pronuncia sobre la base de los artículos 33 y 34 relativos a la fe pública registral.

Tan alentadores dictados no se han hecho eco en más Alto Tribunal cubano. Otros supuestos no han corrido igual suerte. En tal sentido resulta la Sentencia núm. 127 de 18 de octubre de 2018⁷³ que, rechaza los presupuestos de la Ley de Ultramar bajo criterios muy controvertidos, confirmando la Sentencia núm. 176 de 18 de marzo de 2018, dictada por la Sala Primera de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Provincial Popular de La Habana, sobre Nulidad de Aceptación y Adjudicación de Herencia Intestada y Compraventa de Vivienda. El juzgador sostiene primeramente que Ley Hipotecaria ha de aplicarse con la debida reserva en el contexto actual al que no se aviene por obvias razones de obsolescencia. De igual manera reconoce que, aunque el artículo 34 es una excepción al 33, o sea, que no pueden afectar al tercero las nulidades anteriores a su adquisición, el precepto deviene en inaplicable.

Hasta el momento los criterios de los tribunales no constituyen una línea de solución uniforme a los conflictos relacionados con la fe pública registral. El Tribunal Supremo Popular se muestra contradictorio en los supuestos que ha tenido que resolver respecto a los terceros adquirentes. Los conflictos judiciales resueltos contraponen un derecho vulnerado que no es posible conocer por medio del Registro, pero que anula, conforme a las normas del derecho común, la adquisición de un tercero que es afectado por los vicios de anteriores titularidades que no le son imputables.

La postura que ha primado en el TSP ha sido aplicar las normas del derecho civil, de fuerte base romanista, que privilegian la seguridad estática sobre la dinámica, o sea, protegen el derecho vulnerado sobre la condición de tercero hipotecario de la normativa especial cuyo objetivo es invertir precisamente esa regla⁷⁴. Ello resta el valor que la fe pública registral debe atribuir a la inscripción.

La uniformidad en la solución de los particulares relativos a la protección de los terceros lo daría la aplicación de un precepto legal que estableciera requisitos, reglas o presupuestos que bien pudieran interpretarse o ampliarse. Hasta que se promulguen las nuevas normas registrales al respecto sería provechoso que el TSP hiciera uso de la facultad legislativa que le confiere el artículo 148 de la Constitución de la República en concordancia con el 15.1 de la Ley de los Tribunales Populares⁷⁵. De esta manera, se podrían plasmar los criterios para la protección del tercer adquirente en un acuerdo del Consejo de Gobierno del TSP que vincule al sistema de justicia a resolver los conflictos de manera uniforme.

V. PRESUPUESTOS PARA UNA PUBLICIDAD MATERIAL EFECTIVA EN CUBA

El principio de publicidad material impone la necesidad de inscribir en el Registro de la Propiedad la adquisición, transmisión, constitución, modificación y extinción del dominio y demás derechos reales inmobiliarios, para que tengan los efectos plenos que reconozca el derecho positivo. Teniendo en cuenta este principio, aunque el asiento registral no es necesario para adquirir, transmitir ni extinguir un derecho real, asegurará la eficacia de su contenido al titular y a los terceros que con el inmueble se relacionen. Efecto de la inscripción que es inherente a un sistema de eficacia convalidante o de sustantividad relativa, tal como el que implantó la LHU en 1893.

La inscripción como consecuencia de lo anterior determina la naturaleza y el valor jurídico de la certificación, así como el fundamento del propio sistema registral. Un sistema de sustantividad funcional o relativa asegura al tercero hipotecario, el derecho que adquirió con vista del Registro, y lo inscribió, cualquiera que fueren las causas de ineficacia que afectasen al derecho, siempre que no consten en el Registro.

La denominada sustantividad funcional o relativa es un factor esencial para hacer oponible el derecho real frente a terceros. Así, hay un modo uniforme de adquirir —la *traditio*—; pero la inscripción para defensa del régimen y su funcionamiento, puede producir, a veces y en las condiciones legales requeridas, los efectos de un modo de adquirir. El asiento entonces toma fuerza legitimadora suficiente y valor sustantivo propio, para causar la existencia, modificación o extinción de un derecho real inmobiliario. O sea, aunque el sistema de transmisión de la propiedad requiere de título y modo, la inscripción participa del sistema adquisitivo de la propiedad constituyendo el modo de adquirir y sustituyendo la entrega.

El hecho es que, en la actualidad la inscripción registral en Cuba no determina un sistema de sustantividad relativa. Tampoco puede considerarse que sustituya el modo de adquirir. Ahora la inscripción es obligatoria y constituye un mandato imperativo para quien pretenda transmitir el dominio, pero no implica suficiente protección al título registrado.

La obligatoriedad fue establecida primeramente por el Decreto Ley 185 de 1998 que modificó el artículo 117⁶, de la Ley General de la Vivienda. Intención que vino a reforzar la Resolución 114/2007⁷, y que se consolidó con la entrada en vigor del Decreto Ley 288/2011 que exigió la previa inscripción para transmitir la propiedad de una vivienda por permuta, donación o compraventa en sus artículos 69 y 70.

La obligatoriedad de la inscripción se impuso, según el Manual de los Registradores cubanos, para dar «*solución a la desactualización de los asientos registrales que necesariamente ha provocado la interrupción del tracto en*

el registro»⁷⁸. Su implantación obedeció a una política de impulso de la inscripción, cuya intención pareciera que es inventariar los bienes inmuebles. No se establecieron beneficios a partir de la inscripción que aconsejaran dar publicidad a los títulos de propiedad.

El sistema registral cubano establece la inscripción obligatoria, pero funciona al estilo del registro francés de eficacia corroboradora. Tiene la particularidad que no produce la oponibilidad de lo inscrito sobre lo no inscrito, ni existen sanciones para quien no cumpla con el mandato, sino la imposibilidad formal de transmitir la propiedad. La inscripción en Cuba tiene las siguientes particularidades que lo asemejan al registro francés:

Es obligatoria pero el incumplimiento no acarrea ningún perjuicio. De hecho, ni tan siquiera es entendida como necesaria para que los contratos en materia de derechos reales surtan eficacia. En incontables circunstancias se han reconocido compraventas sin escriturar y sin inscribir, como por ejemplo, en la Sentencia núm. 804 de 31 de octubre de 2017⁷⁹, donde el TSP expresamente entiende innecesario inscribir como formalidad a cumplir para reconocer una compraventa.

No implica más beneficio que el de presumirse la exactitud de los asientos hasta que se declare en un proceso lo contrario (*Cfr.* al art. 4 y 5 de la Ley de Registros Públicos). Hay que decir que los intentos de proteger al tercero registral no han logrado prosperar cuando se ha alegado el artículo 34 de la LHU, en todos los supuestos. Siendo la tendencia del Tribunal Supremo la de anular la cadena de transmisiones si aprecia una causal de ineficacia, aunque debemos apuntar que no es una práctica uniforme en los dos últimos años⁸⁰.

Es obligatoria, pero situaciones no inscribibles prevalecen sobre los asientos registrales. Desconcertante es que situaciones de clandestinidad, logren oponerse a terceros, cuartos y quintos. Es frecuente anular una compraventa por desprotección de un conviviente según el artículo 70.5 de la LGV. El derecho de convivencia es un singular derecho de confusa naturaleza jurídica, que goza de mayor oponibilidad que cualquiera de los derechos reales reconocidos en el Código civil, pues constituye una causal de ineficacia cualificada de la compraventa. Siendo la clave para que el comprador conserve su derecho de propiedad, el demostrar que la compraventa no produjo un desamparo habitacional. Situación que se torna compleja, más cuando hay circunstancias en que el desamparo puede producirse tanto para el conviviente —tercero especial— como para el comprador —tercero hipotecario—, tal como ocurrió en la Sentencia núm. 472 de 31 de agosto de 2017.

La inscripción registral que no ofrece un plus de garantía al derecho asentado no puede determinar un registro como de derechos. En este sentido apunta FAJARDO ACOSTA⁸¹, que « (...) *el Registro de la Propiedad en Cuba no puede identificarse como un registro de derechos, sino como un*

registro de títulos. Para lo cual se ha advertido que se hace incorrecto hablar de derechos reales inmobiliarios inscribibles, pues el objeto de inscripción lo constituye los actos de mutación jurídico-real y demás actos susceptibles de inscripción». La autora niega la independencia de efectos de los asientos de inscripción del título formal que las origina. Opinión que comparte el investigador, pues los asientos registrales en Cuba no alcanzan sustantividad propia, valen lo que vale el derecho común que se inscribe.

Por otra parte, tanto la Resolución 226/2012 «Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, Cuba»⁸² como en la Resolución núm. 181/2016, «Metodología para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos»⁸³, quedan sin regular los efectos de las inscripciones en cuanto a la publicidad de los inmuebles estatales y los inmuebles perteneciente a las asociaciones y fundaciones de origen fraternal o religioso. Hecho que agrava aún más la compleja labor de atribuir valor a los asientos registrales y ponen en entredicho que puedan estar protegidos por la publicidad material.

Paradójico resulta que las normas dictadas hasta el momento establezcan la obligatoriedad de la inscripción, pero no refuercen sus efectos. No debe perderse de vista que la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario descansa en dotar de contenido a la publicidad material, y no, en el mero hecho de venir obligado por ley a inscribir una transmisión de dominio, lo cual no evita la clandestinidad, ni ofrece protección adicional a quien inscribe. Es el valor que se atribuya a la inscripción lo que refuerza o debilita un sistema registral. Son los efectos que se despliegan a partir de los asientos los que determinan la propia naturaleza jurídica del Registro de la Propiedad.

Por todo lo anterior y en vistas de las diversas reformas legislativas previstas para adecuar al ordenamiento jurídico a la nueva Constitución de la República, es preciso incorporar a la normativa registral una publicidad material que refuerce la sustantividad de las inscripciones. Las diversas resoluciones que luego del triunfo de la Revolución ordenan el procedimiento registral contienen indicios de efectos materiales que no son suficientes para proteger a los titulares inscritos. Por otra parte, la LHU, aunque pueda entenderse con cierta vocación de supletoriedad no ha sido aplicada con uniformidad por los órganos de justicia cubanos. La disyuntiva ha transcurrido entre la insuficiencia de la preceptiva registral inmobiliaria para dotar a los asientos de publicidad material (legitimación y fe pública) y el temor a aplicar los postulados del artículo 34 de la LHU debido a las dudas sobre su vigencia.

Resulta pertinente regular de manera clara y precisa en cuanto a la publicidad material su contenido, requisitos y excepciones. En este sentido la inscripción debe constituir un documento público que acredite la propiedad

con un alto grado de certidumbre que sirva de título de legitimación al titular registral para ejercitar las acciones civiles y procesales que le corresponden al propietario del inmueble, ello sin perjuicio de que pueda ser desvirtuado en un proceso por medio de la rectificación de los asientos del registro. Cumplidos los presupuestos de la fe pública registral debe prevalecer la protección al tercero que de manera onerosa ha adquirido su derecho mediante un título válido que, luego procede a inscribir su derecho, sin que le afecten las causales de ineficacia negocial que no pudo conocer por causas que no constan en los asientos.

La fe pública registral debe implementarse con la intención de conservar y proteger el derecho de propiedad del tercer adquirente frente a las nulidades, resoluciones o revocaciones de un título precedente, siendo necesario que se considere en posición de inmunidad frente a las patologías contractuales de un negocio antecedente. Necesariamente debe atribuírsele un valor a la inscripción registral que sirva de instrumento de simplificación en el tráfico patrimonial sobre inmuebles. Ello en el entendido que sirva de prueba del derecho para facilitar el tráfico y otorgar mayor seguridad en las operaciones económicas.

Dotar mediante el principio de legitimación de una presunción *prima facie* de exactitud y veracidad del contenido del Registro simplificaría la prueba de las situaciones jurídicas facilitando la actuación práctica de los derechos subjetivos. Se evitarían así las dificultades y complicaciones que significa investigar la validez de cada título de adquisición en el entendido de acreditar la existencia del derecho, la legalidad del título de adquisición, la certeza de que el titular registral es el titular del derecho, siendo el registro confiable salvo prueba en contrario. La publicidad material necesita estar estructurada desde estas dos vertientes que constituyen tanto la legitimación como la fe pública registral. Su finalidad es dar notoriedad a los derechos reales inmobiliarios y precisar los efectos que la ley concede a la publicidad.

Los presupuestos para una publicidad material efectiva en una nueva reforma jurídica en Cuba en sus dos vertientes son:

A) para la estructuración de la fe pública registral:

Presupuestos objetivos: La protección derivada de la fe pública registral debe tener como base una inexactitud registral, es decir implica que se ha publicado como válido un negocio ineficaz. Ello tendrá lugar si de los asientos del registro no pueden inferirse la nulidad absoluta o anulabilidad del título del transmitente, las ineficacias de la inscripción del transmitente por error o nulidad de la misma o la existencia de anotaciones que adviertan sobre una *litis* relativa al derecho inscrito.

Presupuestos subjetivos: Que exista un tercero que haya confiado en los asientos del Registro. Debe ser considerado tercero a todo aquel que no sea parte en el negocio jurídico anterior a su adquisición, bien porque no intervino en él o porque no es causahabiente de los otorgantes. El tercero hipotecario debe cumplir además con los siguientes requisitos reglados:

- adquirir por un negocio jurídico válido, puesto que la inscripción no debe convalidar lo que es nulo con arreglo a la ley;
- el derecho debe estar previamente inscrito a nombre del transmitente, debiendo constar en el Registro que este tiene la facultad para disponer;
- no han de constar en el registro causas de nulidad o resolución del derecho del transmitente;
- la adquisición debe ser onerosa;
- el tercero debe desconocer la inexactitud del Registro al momento del otorgamiento del acto dispositivo; y
- ha de inscribirse la adquisición del tercero.

B) Para la configuración efectiva de la legitimación registral debe ampliarse el contenido del principio de veracidad regulado en la Ley de los Registros Públicos, que, solo refleja una presunción de veracidad y exactitud, mientras no se declare su inexactitud por tribunal competente. Es preciso determinar en el reglamento del Registro de la Propiedad, que está pendiente de promulgar, los siguientes presupuestos jurídicos:

- se debe establecer la presunción de existencia y pertenencia del derecho inscrito al titular registral en la forma en que determine el asiento de inscripción;
- la certificación registral debe fungir como título de legitimación, para que el titular inscrito pueda establecer las acciones que le corresponden para defender el derecho; y
- debe presumirse que el titular inscrito es poseedor de la finca;

Acoger los presupuestos antes descritos coadyuvaría a una publicidad material que reforzaría la protección del derecho de propiedad sobre inmuebles urbanos. Estos no son los presupuestos del sistema registral sino de la publicidad material que tiene que informar un sistema registral moderno y garantista del derecho de propiedad. Cual elementos esenciales deberán llenar el contenido de la legitimación y de la fe pública registral en aras de establecer un valor jurídico a la inscripción en el tráfico jurídico sobre inmuebles urbanos.

Deben tener una clara expresión normativa en la ley registral que se implemente en aras de determinar los niveles de protección al derecho ins-

crito que ofrece la publicidad material. De tal manera que, al inscribirse un derecho real, tanto el titular inscrito como los terceros, podrán conocer por medio del Registro, el contenido, extensión, cargas, circunstancias de los derechos reales y hacerlos valer con la fuerza acreditativa que les atribuye la ley.

La publicidad material debe aspirar en Cuba a ser el medio para dar a conocer las titularidades reales, en cuya virtud se constituya una prueba especialmente cualificada y valiosa de la propiedad (protección de la apariencia de la legitimación), y a su vez, debe erigirse como mecanismo de solución de conflictos entre títulos contrapuestos, con lo cual se tutelarían los derechos inscritos y se resguardarían las adquisiciones de los terceros (proclamación de una verdad oficial por la fe pública registral). Asumir dichos postulados justificarían la intención del legislador de establecer la inscripción obligatoria previo a las transmisiones de dominio dando mayor certidumbre y seguridad jurídica a los títulos inscritos.

VI. CONCLUSIONES

I. El principio de legitimación es eficaz cuando implica una protección a la apariencia que se concreta en la eficacia ofensiva, defensiva y probatoria de la inscripción; el principio de fe pública registral cuando se erige en una verdad oficial cuya consecuencia es mantener en la adquisición al tercero que ha confiado en la legitimación registral y cumple además los presupuestos legales que establece un sistema registral para su configuración.

II. La inscripción obligatoria y previa a la transmisión del dominio que adopta el sistema registral cubano no es suficiente garantía para protección del derecho de propiedad inscrito. Los asientos registrales en Cuba por su reducido contenido y falta de sustantividad propia no logran dotar de una adecuada protección al titular inscrito. Así, el principio de fe pública registral no es fundamento legal para protección a los terceros adquirentes mientras que, el principio de legitimación, queda limitado a una presunción de exactitud de los asientos registrales sin la suficiente eficacia ofensiva, defensiva y probatoria.

III. El Tribunal Supremo Popular se ha mostrado contradictorio en la solución de los conflictos suscitados respecto a la aplicación del efecto de la fe pública registral. Los dictados en su mayoría contraponen un derecho vulnerado que no es posible conocer por medio del Registro, pero que anula, conforme a las normas del derecho común la adquisición del tercero que ha cumplido los requisitos de la ley que se aplica.

IV. La derogación de la preceptiva de la LHU relacionada con la forma y efectos de la inscripción donde se regulaba la fe pública registral, unida a

la regulación incompleta de la publicidad material en las normas registrales posteriores, dejan en una situación de vulnerabilidad a los titulares inscritos y a los terceros adquirentes. En este escenario anterior los conflictos se han resuelto con la aplicación de principios que generales del Derecho, lo cual, ha conducido a soluciones diversas en casos idénticos.

V. La certificación registral debe constituir un documento público que, acredite la propiedad con un alto grado de certidumbre y que sirva de título de legitimación al titular registral para ejercitar las acciones de protección que le corresponden como propietario del inmueble, sin perjuicio de que puedan ser desvirtuado en un proceso. Quien adquiera por un título inscrito debe quedar beneficiado por ese efecto de la publicidad material donde se conjugan el Registro y el sistema civil ordinario.

VI. La fe pública registral debe implementarse con la intención de conservar y proteger el derecho de propiedad del tercer adquirente frente a las nulidades, resoluciones o revocaciones de un título precedente, siendo necesario que se considere en posición de inmunidad frente a las patologías contractuales de un negocio antecedente.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES. (1988). *Política*. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, Libro VI, (Manuela García Valdés, traducción).
- GIANTURCO, E. (1890). *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul Diritto Ipotecario I*. Nápoles.
- CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1995). Publicidad registral y la apariencia jurídica. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 9, 2144-2167.
- CONTRERAS LÓPEZ, R.S. (2018). La teoría integral de la apariencia jurídica y la figura de la apariencia de buen derecho en la nueva ley de amparo, reglamentaría de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los Estados Unidos mexicanos, [En línea], disponible en <https://goo.gl/NKEj58>.
- CRUZ GALLARDO, B. (2014). *Principios hipotecarios y particularidades de la ejecución hipotecaria sobre los consumidores. Práctica registral y procesal*. Madrid: Claves la Ley.
- DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, J. (2016). *La modernización de los Registros. Una estructura pendiente y un proyecto de datos*. Granada: S. L Comares.
- FALZEA, A. (1997). *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Vol. II Dogmatica giuridica*. Milán: Giuffrè.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1994). *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- GARCÍA GARCÍA, J.M. (1974). Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* —Año 50— núm. 500, 31-46.
- IGLESIAS-REDONDO, J. (2013). Consideraciones en torno a la evolución histórica del principio de publicidad en la transmisión y gravamen de bienes inmuebles. En L. Pérez Gallardo. y A. Pérez-Bustamante de Monasterio (dirs.). *Estudios*

- de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez. Vol. II. Madrid: Dykinson, 762-790.
- IRURZUN GOICOA, D. (2006). Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica? *Revista Jurídica del Notariado* núm. 57, 303-328.
- JUÁREZ TORREJÓN, A. (2016). *Temas de Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Tecnos.
- LADARTA CALDENTEY, J. (1952). *Legitimación y apariencia jurídica*. Barcelona: Boch.
- LARROUMET, C. (2007). *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat*. París: Economica.
- LUNA SERRANO, A. (2015). *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ MESA, M.J. (2016). La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código civil y comercial y en el derecho actual. *Revista Anticipo de Anales —Año LXI Segunda Época— Número 54*, 10-39.
- MANRIQUE PLAZA, J. (2007). Conflictos entre la protección de datos y la publicidad registral, Discurso de Ingreso a la Academia Matritense del Notariado. *Revista el Notario del siglo XXI -ENSXXI* núm. 13, [En línea], disponible en <https://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-13/2463>, 345-362.
- MANZANO SOLANO, A. (2009). *Estudios sobre la publicidad registral*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- MONTÉS PENADÉS, L.V. y LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M. (2014). *Derecho civil patrimonial II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- PAU PEDRÓN, A. (2009). *Derecho Hipotecario*. Madrid: Civitas.
- (1983). *La publicidad registral*, Madrid : ICAI-ICA.
- PUGLIATTI, S. (1945). *La pubblicità nel Diritto privato, parte general*, Messina.
- MENGONLI (1975). *Gli acquisti a non domino*. Milán.
- RIVERA, J. C (1998). *Instituciones de derecho civil, parte general*. Vol. I. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- STAUDIN GER, G. *Ad 892 Rz 5, Die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerlä- illiche objektive Rechtsscheinbasis y Rz 6, die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von Westermann so genannten) reinen Rechtsscheinprinzips.*
- VÁZQUEZ BOTE, E. (2006). La publicidad registral, base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 696, 1557-1605.
- VON STAUDINGERS, Ertl, *Kommentar zum BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12 Auf. 1989 y del propio autor Vorberm zu §§ 873-902 Zr 28: Negative Publizitat: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchs wird geschützt. Beim Erwerb erloschen nichteingetragene Rechte zB Frankreich, Italien, Spanien.*

FUENTES LEGALES

Anteproyecto del Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979, Cuba.

Anteproyecto del Código civil cubano, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1985, Cuba.

Anteproyecto del Código civil cubano, Ministerio de Justicia de Cuba, febrero de 1979, Cuba.

Código civil de la República de Cuba, Ley núm. 59/1987 de 16 de julio de 1987, anotado y concordado por Leonardo B. Pérez Gallardo, Ciencias Sociales, La Habana, Cuba, 2011.

Constitución de la República de Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria, núm. 5 de 10 de abril 2019.

Código civil del Reino de España de 6 de octubre de 1888, Real Decreto de 24 de julio de 1889, en Gaceta de Madrid de 25 de julio de 1889 en cumplimiento de la Ley de 26 de mayo, España.

Decreto Ley núm. 214 de 24 de noviembre de 2000, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 9 de 29 de noviembre de 2000, Constitución de Hipotecas sobre Bienes Inmuebles, Cuba.

Decreto Ley núm. 185 de fecha 28 de mayo de 1998, modificativo de la Ley núm. 65, Ley General de la Vivienda, de 23 de diciembre de 1988, Cuba.

Decreto Ley núm. 322/2014 de 5 de septiembre de 2014, modificativo de la Ley General de la Vivienda, Cuba.

Decreto Ley núm. 335/2015, Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

Decreto Ley núm. 289/11 de 21 de noviembre de 2011, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40 de 21 de noviembre de 2011.

Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (modificada por la Ley núm. 10 de 30 de abril de 1992), consultada el 12 de junio de 2012 en www.legislacionandina.com, España.

Ley de Enjuiciamiento Civil del Reino de España, Ley núm. 1 de 2000, de 7 de enero, en BOE del 8 de enero de 2000, España.

Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley núm. 7 de 1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, núm. 34, de 20 de agosto de 1977; modificada por el Decreto Ley 241 de 24 de enero de 2006 sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria, núm. 33, de 27 de septiembre de 2006, Cuba.

Ley Hipotecaria Española. Ley de 30 de diciembre de 1944. Texto refundido de 8 de febrero de 1946. BOE núm. 58 de 27 de febrero de 1946.

Real Decreto de 18 de julio de 1893 y vigente desde el 6 de octubre de 1894, Ley Hipotecaria de Ultramar, Ministerio de Justicia, Vedado, La Habana, Cuba, Colección Jurídica, año 2000.

Real Decreto de 18 de Julio de 1893, extensivo a Cuba por disposición de 14 de septiembre del mismo año, Gaceta del 8 al 20, Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria de Ultramar, Ministerio de Justicia, Colección Jurídica, Vedado, La Habana, Cuba, 2000.

Real Decreto de 26 de mayo de 1893, Ley Hipotecaria de Ultramar de 14 de julio de 1893, Ministerio de Justicia, Colección Jurídica Vedado, La Habana, Cuba, 1999.

Reglamento de Emergencia de la Ley núm. 216 de 27 de diciembre de 2010, consultado 10 de julio de 2013 en <http://www.lexjuris.com/lexleyes.htm>, España.

Resolución núm. 114/2007 de 3 de julio de 2007 de la Ministra de Justicia, Normas y procedimientos para la organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 39 de 6 de agosto de 2007, Cuba.

Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad, en Gaceta Oficial Ordinaria núm. 43 de 9 de octubre de 2012 Cuba.

Resolución núm. 247/2003 de 3 de octubre de 2003 del Ministro de Justicia, Normas para la Inscripción de los Inmuebles, Títulos y Derechos Reales en Registro de la Propiedad, Cuba.

Resolución núm. 249/2005 de 7 de octubre de 2005 del Ministro de Justicia, Normas y procedimientos para la nueva organización y funcionamiento del Registro de la Propiedad, Cuba.

Resolución núm. 270/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Cuba.

Resolución núm. 342/11 de 31 de octubre de 2011 de la Ministra de Justicia, Procedimiento para la Actualización de los Títulos de Propiedad y su Inscripción en el Registro de la Propiedad, Cuba.

Resolución núm. 181/2016 de 7 de noviembre de 2016 de la Ministra de Justicia, Metodología para la inscripción en el registro de la propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 31 de 7 de noviembre de 2016.

FUENTES JUDICIALES

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE CUBA ANTES DE 1959

- Sentencia de 3 de marzo de 1908
- Sentencia de 22 de enero de 1913
- Sentencia de 3 de noviembre de 1914

- Sentencia de 16 de febrero de 1918
- Sentencia de 14 de junio de 1919
- Sentencia de 9 de enero de 1926
- Sentencia de 2 de octubre de 1930
- Sentencia de 28 de enero de 1949
- Sentencia de 3 de febrero de 1950

SENTENCIAS DE LA SALA DE LO CIVIL Y LO ADMINISTRATIVO DEL TRIBUNAL SUPREMO POPULAR DE CUBA

- Sentencia núm. 2 de 18 de enero de 2016
- Sentencia núm. 6 de 18 de enero de 2016
- Sentencia núm. 14 de 21 de enero de 2016
- Sentencia núm. 17 de 26 de enero de 2016
- Sentencia núm. 36 de 29 de enero de 2016
- Sentencia núm. 41 de 29 de enero de 2016
- Sentencia núm. 420 de 6 de junio de 2016
- Sentencia núm. 421 de 10 de junio de 2016
- Sentencia núm. 422 de 10 de junio de 2016
- Sentencia núm. 424 de 10 de junio de 2016
- Sentencia núm. 436 de 13 de junio de 2016
- Sentencia núm. 467 de 23 de junio de 2016
- Sentencia núm. 468 de 23 de junio de 2016
- Sentencia núm. 495 de 29 de junio de 2016
- Sentencia núm. 498 de 29 de junio de 2016
- Sentencia núm. 500 de 30 de junio de 2016
- Sentencia núm. 534 de 15 de julio de 2016
- Sentencia núm. 539 de 18 de julio de 2016
- Sentencia núm. 556 de 22 de julio de 2016
- Sentencia núm. 559 de 22 de julio de 2016
- Sentencia núm. 598 de 29 de julio de 2016
- Sentencia núm. 599 de 29 de julio de 2016
- Sentencia núm. 635 de 18 de agosto de 2016
- Sentencia núm. 642 de 30 de agosto de 2016
- Sentencia núm. 667 de 20 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 669 de 21 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 689 de 29 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 713 de 30 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 723 de 30 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 729 de 30 de septiembre de 2016
- Sentencia núm. 741 de 30 de septiembre de 2016

- Sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017
- Sentencia núm. 533 de 12 de abril de 2017
- Sentencia núm. 234 de 20 de abril de 2017
- Sentencia núm. 472 de 31 de agosto de 2017
- Sentencia núm. 474 de 31 de agosto de 2017
- Sentencia núm. 641 de 13 de octubre de 2017
- Sentencia núm. 697 de 31 de octubre de 2017
- Sentencia núm. 804 de 31 de octubre de 2017
- Sentencia núm. 180 de 6 de marzo de 2018
- Sentencia núm. 182 de 6 de marzo de 2018
- Sentencia núm. 682 de 6 de marzo de 2018
- Sentencia núm. 277 de 20 de abril de 2018
- Sentencia núm. 118 de 31 de julio de 2018
- Sentencia núm. 137 de 31 de agosto de 2018
- Sentencia núm. 680 de 31 de agosto de 2018
- Sentencia núm. 696 de 17 de septiembre de 2018

NOTAS

¹ JUÁREZ TORREJÓN, A. (2016). *Temas de Derecho Inmobiliario Registral*. Madrid: Tecnos, 17.

² FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (1994). *La propiedad inmueble y el Registro de la Propiedad en el Egipto faraónico*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 142 y sigs.

³ MANZANO SOLANO, A. (2009). *Estudios sobre la publicidad registral*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 9 y sigs.

⁴ ARISTÓTELES (1988). *Política*. Madrid: Biblioteca Clásica Gredos, Libro VI, (Manuela García Valdés, traducción), 389 y 390.

⁵ GIANTURCO, E. (1890). *Studi e ricerche sulla trascrizione e sul Diritto Ipotecario I*. Nápoles, 7 y sigs.

⁶ IGLESIAS-REDONDO, J. (2013). Consideraciones en torno a la evolución histórica del principio de publicidad en la transmisión y gravamen de bienes inmuebles. En L. Pérez Gallardo y A. Pérez-Bustamante de Monasterio (dirs.). *Estudios de Derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Vol. II. Madrid: Dykinson, 762-790.

⁷ «El registro es una institución administrativa orientada a la prestación de un servicio público. Es al mismo tiempo una organización formal y jurídica de un servicio público complejo y un mecanismo jurídico, social y cooperativo que, habiendo nacido de una deliberada voluntad de ordenar un mercado para minimizar los costes de transacción en el mismo, evoluciona posteriormente al margen de su inicial función, como consecuencia de las presiones y resistencias interesadas de los agentes del sector, de los problemas insitos en su incompleto y voluntarista diseño y del devenir histórico». DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, J. (2016). *La modernización de los registros. Una estructura pendiente y un proyecto de datos*. Granada: S. L Comares, 8.

⁸ «(...) las leyes hipotecarias son leyes políticas, en el sentido que instrumentan una decisión respecto del control de los bienes inmobiliarios, que en los siglos XVIII y XIX son los bienes por antonomasia (...)». VÁZQUEZ BOTE, E. (2006). La publicidad registral,

base de la seguridad jurídica del tráfico de bienes inmuebles. El Registro de la Propiedad como garantía de dicha seguridad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 696, 1561.

⁹ «Según DE LA RICA, el postulado de la voluntariedad en la inscripción obedeció al sacrosanto respeto de la libertad individual, que influyó en SMAUS —de tal manera que aquella voluntariedad no destruye la iniciativa personal cuando la inscripción, progresivamente, se fue haciendo obligatoria. El positivismo socialista; el formalismo jurídico; la arquitectura formal de las normas que luego en KELSEN había de encontrar su máximo pontífice; la jurisprudencia de intereses —entre los cuales surgirá a punto el «interés del tercero»; la doctrina institucional iniciada en HAURIOU y RENARD, en Alemania se trata de justificar desde las posturas de SAVIGNY, E. WOLF, KAUFMANN y el propio SMAUS, mientras que en España es Jerónimo GONZÁLEZ a través del soporte íntimo de la jurisprudencia de intereses, seguido por DE LOS MOZOS». PAU PEDRÓN, A. (1983). *La publicidad registral*, Madrid: ICAI-ICA, 136 y 213.

¹⁰ La mera aplicación de las TIC a los registros no mejora la condición de los derechos que se intentan proteger si los asientos registrales carecen de efectos, pues si bien la tecnología acelera la información, esta debe ser consistente; si por el contrario la información es solo acumulativa y carece de un valor jurídico atribuido, provocará el efecto opuesto, o sea, incrementará la desinformación.

¹¹ PUGLIATTI, S. (1945). *La pubblicità nel Diritto privato, parte general*, Messina, p.466.

¹² IRURZUN GOICOA, D. (2006). Lo que el Registro publica, ¿para qué lo publica? *Revista Jurídica del Notariado* núm. 57, 303-328.

¹³ «En la materia del objeto de la inscripción y la publicidad registral el derecho inscrito no puede abstraerse del título de que deriva pues en nuestro sistema estamos ante un Registro de títulos no de derechos por qué el Registro de la Propiedad como dijo Juan VALLET DE GOYTISOLO publica los derechos con su título unidos a él. Así también AMORÓS GUARDIOLA afirma que se inscribe el derecho, pero en unión del título originador. Incluso Eugenio RODRÍGUEZ CEPEDA, ex Decano-Presidente del Colegio de Registradores de España afirma que el proceso de registración implica una inscripción extractada —que no depósito— del título en los libros del Registro, del contenido real de los negocios jurídicos». MANRIQUE PLAZA, J. (2007). Conflictos entre la protección de datos y la publicidad registral, Discurso de Ingreso a la Academia Matritense del Notariado. *Revista el Notario del siglo XXI* —ENSXXI núm. 13, [En línea], disponible en <https://elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-13/2463>, 345-362.

¹⁴ Decreto Ley núm. 335/2015, Del Sistema de Registros Públicos de la República de Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 40, de 14 de diciembre de 2015.

¹⁵ Cfr. Resolución 114/07, Artículo 68: La publicidad de los asientos que obran en los libros del Registro de la Propiedad, es responsabilidad del registrador. Esta se fundamenta en el interés legítimo, debidamente acreditado, de quien lo solicite, ajustándose a la información que obra en los asientos y a los fines del interesado.

¹⁶ Dichas reglas empezaron a derogarse ante el conflicto entre el denominado *verus dominus* y el tercer adquirente. Así, los clásicos aforismos romanos que venían garantizando la seguridad estática del derecho de propiedad, díganse: *Nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet*, *Id quod nostrum est sine facto nostri ad alium transferri non potest*, *Ubi rem team invenit ibi vindico*, comenzaron a ceder ante la seguridad dinámica del derecho. Cuestión que ganó adeptos y detractores, pero que indudablemente dio al traste con numerosas posturas que sirvieron para solucionar los conflictos —unas veces antagónicas— entre la seguridad estática y la seguridad dinámica de los derechos.

¹⁷ Como exponente actual del planteamiento doctrinal alemán Vid. STAUDIN GER, G., *Ad 892 Rz 5, Die Eintragung im Grundbuch bildet damit die unerlä- illiche objektive Rechtsscheinbasis* y *Rz 6, die §§ 892, 893 bilden damit einen Anwendungsfall des (von Westermann so genannten) reinen Rechtsscheinprinzips*. Para el pensamiento italiano, Vid. PUGLIATTI, S., *La trascrizione I, cit.*, 252 y sigs y MENGONLI (1975). *Gli acquisti a non domino*, Milán, 350 y sigs.

¹⁸ *Apud.* VON STAUDINGERS Ertl, *Kommentar zum BGB. Buch 3, Sachenrecht. 12. Aufl.* 1989 y del propio autor *Vorberm zu §§ 873-902 Zr 28: Negative Publizität: Nur das Vertrauen in das Schweigen des Grundbuchs wird geschützt. Beim Erwerb crloschen nichteigentragene Rechte zB Frankreich, Italien, Spanien.*

¹⁹ FALZEA, A. (1997). *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica, Vol. II Dogmatica giuridica.* Milán: Giuffrè, 181.

²⁰ RIVERA, J. C. (1998). *Instituciones de derecho civil, parte general*, Vol. I, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 311.

²¹ LÓPEZ MESA, M.J. (2016). La apariencia como fuente de derechos y obligaciones. La doctrina del acto aparente en el nuevo Código civil y comercial y en el derecho actual. *Revista Anticipo de Anales —Año LXI Segunda Época— Número 54*, 17.

²² MONTES PENADÉS, L.V. y LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. (2014). *Derecho civil patrimonial II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 136.

²³ RODRÍGUEZ OTERO, *ob. cit.*, 57.

²⁴ LARROUMET, C. (2007). *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat*. París: Economica, 145.

²⁵ CONTRERAS LÓPEZ, R. S. (2018). La teoría integral de la apariencia jurídica y la figura de la apariencia de buen derecho en la nueva ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la constitución política de los estados unidos mexicanos, [En línea], disponible en <https://goo.gl/NKEj58>, 63.

²⁶ LUNA SERRANO, A. (2015). *La seguridad jurídica y las verdades oficiales del derecho*. Madrid: Dykinson, 137.

²⁷ SOLANO MANZANO, *ob. cit.*, 14.

²⁸ TIRSO CARRETERO ha planteado, en esta línea, la configuración teórica de la inscripción como modo, de honda raigambre en el Derecho austríaco. Vid. GARCÍA GARCÍA, J.M. (1974). Los principios hipotecarios y el Derecho Comparado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario —Año 50—* núm. 500, 31-46.

²⁹ CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, L.M. (1995). Publicidad registral y la apariencia jurídica. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 9, 2144.

³⁰ Refiriéndose a la certidumbre de los negocios concretos explica que precisamente el Estado organiza la publicidad. A través de la publicidad oficial se hacen innecesarias las averiguaciones al hacerse públicos esos datos cuyo conocimiento se requiere para entablar las relaciones jurídicas. Vid. PAU PEDRÓN, A. (2009). *Derecho Hipotecario*. Madrid: Civitas, 86.

³¹ RODRÍGUEZ OTERO, *ob. cit.*, 468.

³² AGUIRRE TORRADO, *La publicidad inmobiliaria...*, *ob. cit.*, 26.

³³ *Ídem.*

³⁴ *Ídem.*

³⁵ RIVERO VALDÉS, O. y COBAS COBIELLA, M.E. (2008). Mundos Paralelos: El Registro de la Propiedad de Cuba tras 10 años de experimentos, XVI Congreso Internacional de Derecho Registral. [En línea], disponible en <http://www.um.edu.ar/>, 12.

³⁶ El Decreto-Ley 288 de 11 de noviembre de 2011, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 035, de 2 de noviembre de 2011, establece obligatoriedad de inscripción previa a la transmisión de la vivienda por permuta, donación o compraventa *vis* artículos 69.1 y 70.1.

³⁷ Ley de Procedimiento Civil Administrativo, Laboral y Económico, Ley núm. 7 de 1977 de 19 de agosto, en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, núm. 34, de 20 de agosto de 1977; modificada por el Decreto-Ley 241 de 24 de enero de 2006 sobre modificaciones a la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico. Cuba, en Gaceta Oficial Extraordinaria, núm. 33, de 27 de septiembre de 2006.

³⁸ Cfr. artículo 281 de la LPCALE, primer párrafo.

³⁹ MENDOZA DÍAZ, J. (2005). La prueba civil. *Revista Justicia y Derecho* núm. 5, año 3, 47. El profesor MENDOZA DÍAZ, quien le ha dedicado un espacio a los medios

de prueba en particular, aduce que el carácter público de los documentos viene dado por la intervención de un funcionario público competente y según las formalidades de la ley.

⁴⁰ Cfr. artículo 294 de la LPCALE.

⁴¹ Vid. MENDOZA DÍAZ, J. La prueba civil, *ob. cit.*, 38; MANSO LACHE, J. (2009). Las facultades probatorias del juez en el proceso civil. *Trabajo de Diploma bajo la dirección del Dr. J. MENDOZA DÍAZ, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana*, 7; MANTECÓN RAMOS, A. (2008). *Introducción al derecho probatorio. Apuntes preliminares sobre la prueba procesal*, s.e., Universidad de la Habana, 1, disponible en la Intranet de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

⁴² Cfr. artículo 293 de la LPCALE.

⁴³ Cfr. Artículo 294 de la LPCALE.

⁴⁴ MENDOZA DÍAZ. La prueba civil, *ob. cit.*, 53.

⁴⁵ La nulidad interesada puede referirse al asiento de inscripción o a determinada anotación conforme a los artículos 9 y 30 de la LHU.

⁴⁶ Dicha problemática ha encontrado respuesta mediante la Instrucción núm. 199 de 2010 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular cuando se trata de asiento de inscripción en el Registro del Estado Civil.

⁴⁷ ROCA SASTRE, *ob. cit.*, Tomo II, 162.

⁴⁸ LÓPEZ Y LÓPEZ, *ob. cit.*, 135.

⁴⁹ LASARTE, C. (2016). *Compendio de Derechos Reales. Derechos Reales e Hipotecario*, 5.^a ed. Madrid: Marcial Pons, 345.

⁵⁰ FERNÁNDEZ BULTÉ, J. (2004). *Teoría del Estado y del Derecho. Teoría del Derecho, segunda parte*, La Habana: Félix Varela, 93 y 96.

⁵¹ AGUIRRE Y TORRADO, A. (1943). *Publicidad Inmobiliaria*, 1.^a ed., La Habana: Jesús Montero, 18.

⁵² Cfr. artículo 34 LHE: «El tercero que de buena fe adquiera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro. La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro. Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o transferente».

⁵³ Cfr. LHU: artículo 27. Para los efectos de esta ley se considera como tercero aquel que no haya intervenido en el acto o contrato inscrito.

⁵⁴ AGUIRRE Y TORRADO, *ob. cit.*, 27.

⁵⁵ Era la postura del Tribunal Supremo español en las sentencias de 21 de febrero de 1870 y de 8 de julio de 1871 que se acogieron por el Tribunal Supremo cubano en las sentencias de 3 de marzo de 1908 y 14 de junio de 1919. GORPHE, F. (1928), *Le Principe de la Bonne Foi*, París, 136.

⁵⁶ DORTA DUQUE, *ob. cit.*, 36.

⁵⁷ ROBLES ESPINOSA, M. (1952). La buena fe. *Revista Oriente jurídico* núm. 6, La Habana, 164 y 165.

⁵⁸ Las sentencias del Tribunal Supremo de Cuba a las que refiere son las siguientes: Sentencia de 3 de marzo de 1908; Sentencia de 22 de enero de 1913; Sentencia de 3 de noviembre de 1914; Sentencia de 16 de febrero de 1918; Sentencia de 14 de junio de 1919; Sentencia de 9 de enero de 1926; Sentencia de 2 de octubre de 1930; Sentencia de 28 de enero de 1949 y Sentencia de 3 de febrero de 1950. Vid. ROBLES ESPINOSA, Manuel, *ob. cit.*, 164-165.

⁵⁹ Sentencia núm. 474 de 31 de agosto de 2017 del Tribunal Supremo Popular, Segundo Considerando y Sentencia N.º 680 de 31 de agosto de 2018 del Tribunal Supremo Popular, Segundo Considerando.

⁶⁰ Sentencia núm. 641 de 13 de octubre de 2017 del Tribunal Supremo Popular, Primer Considerando.

⁶¹ Sobre la buena fe civil Vid. DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN (2008). *Sistema de Derecho Civil, Vol. I, Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 9^{na} ed. revisada y puesta al día, Madrid: Tecnos, 431; CHIKOC BARREDA, N. (2012). Comentarios al artículo 6, en *Comentarios al Código civil cubano*, (coord. por L. B. PÉREZ GALLARDO), 1.^a ed., Tomo I, Vol. I, La Habana: Félix Varela, 6-23.

⁶² «(...) si bien ... la omisión de un heredero es causal de nulidad del acto de adjudicación, ... tal planteamiento no puede causar daño a terceros que hayan actuado de buena fe, y en el caso aun cuando la ahora no recurrente fue omitida en el acto de adjudicación hereditaria cuya nulidad se pretende la Escritura que lo contiene fue debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad inmobiliario y cumplido ese trámite, que obviamente imprime de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos posteriores, fue vendida la vivienda objeto de la adjudicación a los ahora recurrentes, que asisten al proceso en su carácter de terceros que han actuado de buena fe, que serían perjudicados con la decisión de nulidad acordada por la Sala juzgadora, que desencadenaría, indefectiblemente la ineficacia de los actos posteriores, pues es principio inserto en el artículo cuatro del Código civil, que este ejercicio no puede ser antifuncional o perjudicial a los derechos de terceros (...)» Sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017 del Tribunal Supremo Popular. Tercer Considerando.

⁶³ «para que sea atendible la buena fe que se invoque en favor del adquirente, debe mediar cumplida demostración de que este actuó de modo cuidadoso y obró con diligencia, consultando los antecedentes que constituyen el tracto del bien previo a la adquisición, presupuesto a todas luces inexistente en el caso, de manera que no puede afirmar válidamente que ignoraba el vicio de origen del título de la permutante, que también le es oponible, a lo que se añade la improcedencia de estimar la protección que el Estado otorga al derecho de propiedad y a su titular mediante el instituto en comento cuando confluye una causa de nulidad de pleno derecho en el acto adquisitivo oneroso que, como en el caso acontece, por no ser válido, afecta también al adquirente, como parte que fue en el acto cuya ineficacia se determinó, de todo lo cual sigue entender que el agraviado realiza su propia valoración de dicho material probatorio, intentando suplantar la efectuada por los juzgadores de instancia que es a quienes compete, lo que impone la desestimación de los motivos que se examinan». Sentencia núm. 234 de 20 de abril de 2017 del Tribunal Supremo Popular, Primer Considerando.

⁶⁴ Sentencia de 12 de enero de 2015 del Tribunal Constitucional español, disponible en www.boe.org.es

⁶⁵ Cfr. artículo 70.5: Se considera causal de nulidad de estos actos, además de las establecidas en el Código civil, dejar desprotegido a alguno de los convivientes a que se refiere el artículo 65 de esta Ley.

⁶⁶ Cfr. artículo 64 de la LGV: «Se considera convivientes a las personas que sin encontrarse en ninguno de los casos de ocupación ilegal a que se refiere la presente Ley, residen con el propietario y forman parte del grupo familiar que ocupa la vivienda, aunque no tengan relación de parentesco alguno con el propietario». Los sujetos que pueden ser beneficiario de este derecho se encuentran en el siguiente artículo 64.

⁶⁷ Vid. ROSELLÓ MANZANO, R. (2012). La nulidad de la compraventa por desprotección a convivientes vulnerables. *En la compraventa como paradigma contractual*. (Coord. L.B. PÉREZ GALLARDO). Santa Fe: Rubinzal Culzoni (pp.352-375).

⁶⁸ Sentencia núm. 180 de 6 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo Popular, Segundo Considerando.

⁶⁹ «el accionante del proceso, ahora no recurrente, si bien se mantiene residiendo en la vivienda que fuera vendida por su señora madre a sus contrapartes, quienes no le han conminado para que abandone dicho inmueble e inclusive le han proporcionado una llave de la cerradura para que pueda acceder a la vivienda, no obstante ello ha sido colocado en el estado de desprotección habitacional alegado en la demanda; que se torna evidente pues ha pasado de ser conviviente de su señora madre, en relación con la cual le protege lo regulado en la pleca primera del artículo sesenta y cinco de la Ley General de la Vivienda,

a serlo de personas extrañas con las que no le une vínculo alguno, de manera que sobre él se mantendrá expectante la posibilidad de conminación a que abandone la vivienda, como ya en efecto aconteció, sin que le sea permisible a su progenitora evadir tal obligación descansando la posibilidad de amparo del ahora no recurrente en otros parientes de grado más lejano, para quienes resultaría acto injusto tener que asumir su convivencia; situación fáctica en virtud de la cual no incurrió el órgano jurisdiccional en la errónea ponderación probatoria que se acusa al decretar la nulidad de la controvertida compraventa». Sentencia núm. 182 de 6 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo Popular, Primer Considerando.

⁷⁰ Apud. PÉREZ GALLARDO, L.B. (2013). La compraventa de viviendas en el Derecho cubano: entre luces y tinieblas. *Revista Actualidad civil* núm. 6, Madrid, (pp. 737-758).

⁷¹ «...el respeto de los efectos de la inscripción en el Registro de la Propiedad sobre la base de la preservación de la seguridad jurídica, pretendiendo con esto enervar el sentido de la relación jurídica material que subyace en el proceso a través de la construcción de una contranorma que da al traste con la desestimación de la pretensión concreta. Que en tal dirección, después de valorar los que resolvemos las circunstancias fácticas en que acontece la litis, de conjunto con los argumentos jurídicos esgrimidos por los contendientes y valorando el arsenal probatorio aportado a las actuaciones de conformidad con los principios de la razón y de la ciencia y las reglas de la lógica y de la sana crítica, estimamos que tal postura de oposición debe en todo sentido prosperar, pues ha quedado palmariamente demostrada la condición de tercero adquirente de buena fe del que excepciona, esto en atención a los requisitos dibujados ex lege al tenor del artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria de Ultramar de mil ochocientos noventa y tres, vigente parcialmente entre nosotros, siendo estos el haber adquirido del titular registral, adquirir de buena fe, adquirir a título oneroso e inscribir registralmente la adquisición, tomando como presupuesto, claro está, que el negocio jurídico adquisitivo del tercero sea, en sí mismo, totalmente válido ex artículo treinta y tres de la aludida disposición normativa, todo en relación con el artículo ciento once, inciso a), del Código civil con regencia en la República, el que establece claramente el reconocimiento del derecho como una de las manifestaciones protectoras de la relación jurídica civil, ponderando igualmente el principio general de la seguridad jurídica en sumatoria con las exigencias de estabilidad, efectividad y legitimidad que han de caracterizar permanentemente al tráfico inmobiliario». Sentencia núm. 118 de 31 de julio de 2018 del Tribunal Provincial de la Habana, Primer Considerando.

⁷² « (...) se configuran en el caso que nos ocupa, los presupuestos requeridos para la protección del tercero hipotecario o tercero registral, como también es conocido en la doctrina. En este sentido, resulta importante apuntar de forma previa por los actuantes, que de acuerdo a los requerimientos establecidos en la doctrina, y parte de ellos reconocidos en el artículo treinta y cuatro de la Ley Hipotecaria de Ultramar de mil ochocientos noventa y tres, vigente de forma parcial en nuestro ordenamiento jurídico, para que sean protegidos esta clase de sujetos, resulta ineludible que concurran cuatro requisitos, entre ellos, que se trate de una adquisición a título oneroso, recibido de un titular registral, adquirir de buena fe, y que su adquisición sea registrada; elementos estos que confluyen en el caso de quien excepciona, y que obviamente obligan a esta Sala a ofrecer una tutela eficaz, integral y justa a su favor, sobre la base del principio de la fe pública registral, que resguarda del fatal arrastre a los terceros adquirentes de buena fe, al quedar enervado el efecto en cadena de nulidades sobre actos jurídicos de compraventa que hoy pretende el señor (...).» Sentencia núm. 137 de 31 de agosto de 2018 del Tribunal Provincial Popular de la Habana, Primer Considerando.

⁷³ «Que no resulta procedente dispensarle protección en carácter de tercero adquirente de buena fe a la ahora recurrente, con el reclamado sustento de lo regulado en la Ley Hipotecaria, legislación cuya vigencia data de la segunda mitad del siglo diecinueve y que, en consecuencia, ha de aplicarse con la debida reserva en nuestro contexto actual, al que no se aviene por obvias razones de obsolescencia, pese a lo cual, su artículo treinta y tres deja sentado que la inscripción registral no convalida la nulidad del acto contrario a derecho y si bien su artículo treinta y cuatro refrenda que dicha ineficacia no debe extenderse a terceros,

luego de que estos hubieran inscrito su adquisición, aun cuando se anulara el derecho del otorgante originario en virtud de título anterior no inscrito o de causas ajenas al Registro, es lo cierto que tal requerimiento resulta inaplicable en el asunto de autos, puesto que el derecho sobre el inmueble en conflicto de la adjudicataria que devino vendedora nació viciado y aun cuando se ha acreditado en el proceso que dicha titularidad hubiera sido inscripta en el correspondiente Registro de la Propiedad con antelación a la concertación del negocio de compraventa, es lo cierto que los ulteriores efectos de la declarada nulidad, en atención al derecho preferente dimanante en favor de la heredera omitida, debe alcanzar a la aludida tercero adquirente; puesto que tal carencia no puede redundar en la convalidación del acto ineficaz y en perjuicio del principio de legalidad al cual debe someterse el tráfico jurídico, habiéndose acreditado por demás que la aludida heredera omitida en la sucesión intestada de su causante actuó con immediatez y la diligencia debida». Sentencia núm. 127 de 18 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo Popular, Tercer Considerando.

⁷⁴ ALFARO GUILLÉN en este sentido concluye que en la actuación de los tribunales cubanos se radican litigios judiciales en los que se ventilan pretensiones asociadas a la protección de compradores como adquirentes de buena fe, en los que se reiteran condicionamientos en el orden subjetivo, objetivo y normativo. «En el orden subjetivo: Los sujetos que centran este estudio, llegan al ámbito de los conflictos judiciales procedentes de entornos contractuales desfavorables, bien antecedidos por violaciones relevantes en la adquisición o en la extensión del dominio transmitido o signados por las violaciones de otros derechos a herederos, legitimarios, cónyuges de uniones de hecho, copropietarios, todos sujetos en situaciones de tutela prioritaria. Aspecto objetivo: en todos los conflictos judiciales el juzgador se enfrenta a una correlación de intereses generalmente tutelables, en estos, la determinación de la prevalencia del bien jurídico protegible se torna especialmente compleja. Suelen enfrentarse sujetos cuyas titularidades derivan de adquisiciones en las que no les resultan imputables las violaciones que se producen y en los que confluyen los principios raigales del derecho civil de la protección al sujeto que actúa de buena fe, de la vastedad del derecho real del dominio expresada en sus efectos erga omnes, de legitimación y seguridad pública registrales como expresiones ramales del principio general de Seguridad Jurídica. Ambito normativo: Tanto el aspecto sustancial de la contratación como su dimensión registral están regulados por cuerpos normativos relativamente vigentes, que tienen como antecedentes el Código Civil y la Ley Hipotecaria de Ultramar, a mi juicio en ambos casos con vocación de supletoriedad. Sin embargo, la tendencia a la segmentación con que estos temas son asumidos por la técnica legislativa nacional, en algunos casos excluye el régimen contractual común y en otros condiciona la incertidumbre sobre su aplicabilidad, por ejemplo: de los artículos 33 y 34 de la LHU». FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, M., ALFARO GUILLÉN, Y. y ROSABAL ROBAINA, Y. (2019). Publicidad, seguridad jurídica y tercero inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* —Año XCV— núm. Especial 500 aniversario de la fundación de La Habana, 1364 y 1365.

⁷⁵ Ley núm. 82 de 11 de julio de 1997, en Gaceta oficial extraordinaria núm. 8 de 14 de julio de 1997.

⁷⁶ Cfr. artículo 117: Todas las personas titulares de inmuebles, comprendidas las viviendas, otras edificaciones y solares yermos, vendrán obligadas a inscribir en el Registro correspondiente, el documento acreditativo de su titularidad, las transmisiones de dominio, las cargas y variaciones constructivas, así como otros derechos sobre dichos bienes en los plazos y condiciones que establezca el Ministerio de Justicia. Una vez inscrito el documento acreditativo de la propiedad en el Registro, el registrador lo devolverá a su titular con nota de la inscripción.

⁷⁷ Resolución 114/2007, disposición especial DÉCIMOTERCERA: El Registrador de la Propiedad pondrá en conocimiento de la autoridad competente, la autorización de nuevas transmisiones de un inmueble, sin que aparezca inscrita, previamente, cualquier otra que haya tenido lugar con posterioridad al 1 de octubre de 2003.

⁷⁸ *Manual del Registrador (2007)*, versión 2. La Habana: MINJUS, 1.

⁷⁹ Sentencia núm. 2 de 18 de enero de 2016; Sentencia núm. 6 de 18 de enero de 2016; Sentencia núm. 14 de 21 de enero de 2016; Sentencia núm. 17 de 26 de enero de 2016; Sentencia núm. 36 de 29 de enero de 2016; Sentencia núm. 41 de 29 de enero de 2016; Sentencia núm. 420 de 6 de junio de 2016; Sentencia núm. 421 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 422 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 424 de 10 de junio de 2016; Sentencia núm. 436 de 13 de junio de 2016; Sentencia núm. 467 de 23 de junio de 2016; Sentencia núm. 468 de 23 de junio de 2016; Sentencia núm. 495 de 29 de junio de 2016; Sentencia núm. 498 de 29 de junio de 2016; Sentencia núm. 500 de 30 de junio de 2016; Sentencia núm. 534 de 15 de julio de 2016; Sentencia núm. 539 de 18 de julio de 2016; Sentencia núm. 556 de 22 de julio de 2016; Sentencia núm. 559 de 22 de julio de 2016; Sentencia núm. 598 de 29 de julio de 2016; Sentencia núm. 599 de 29 de julio de 2016; Sentencia núm. 635 de 18 de agosto de 2016; Sentencia núm. 642 de 20 de agosto de 2016; Sentencia núm. 667 de 20 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 669 de 21 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 689 de 29 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 713 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 723 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 729 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 741 de 30 de septiembre de 2016; Sentencia núm. 756 de 30 de septiembre de 2016.

⁸⁰ La Sentencia núm. 114 de 28 de febrero de 2017, declaró expresamente que «... la inscripción Registral obviamente imprimía de certeza y seguridad jurídica a actos jurídicos...», protegiendo al tercero adquirente de buena fe, a título oneroso mediante una interpretación extensiva del artículo 4 del Código civil, hasta ese entonces jamás advertida. Sin embargo, al mes siguiente, la propia sala dictó Sentencia la núm. 234 de 20 de abril de 2017 contradictoria con la anterior.

⁸¹ FAJARDO ACOSTA, O. (2015). La eficacia del asiento de inscripción. Una mirada desde el derecho inmobiliario registral cubano. *Anuario Iberoamericano de Derecho Notarial*, núm. 4-5, 420-437.

⁸² Resolución núm. 226/2007 de 4 de octubre de 2012 de la Ministra de Justicia, *Metodología para la Inscripción, Actualización y Control del Patrimonio Estatal en el Registro de la Propiedad*, en Gaceta Oficial Ordinaria núm. 43 de 9 de octubre de 2012.

⁸³ Resolución núm. 181/2016 de 7 de noviembre de 2016 de la Ministra de Justicia, *Metodología para la inscripción en el registro de la propiedad de los inmuebles por personas jurídicas no estatales constituidas sin fines lucrativos*, en Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 31 de 7 de noviembre de 2016.

*Trabajo recibido el 10-5-2021 y aceptado
para su publicación el 7-6-2021*

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 23-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

DERECHO FORAL GALLEGO: PARTICIÓN DE HERENCIA POR CONTADOR PARTIDOR DATIVO.

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 la recurrente. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos. 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.

Respecto de la cuestión relativa a la designación de contador-partidor dativo, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, dispone que «En ningún caso podrá realizarse el sorteo hasta que hayan transcurrido treinta días hábiles desde la fecha en que se practicó la última de las publicaciones o notificaciones y sesenta días hábiles desde el requerimiento inicial al notario» (art. 298). Este Centro Directivo, en Resolución de 8 de octubre de 2015 afirmó que, indudablemente, la expresión en el precepto de «días hábiles» implica que quedan excluidos del cómputo los días inhábiles. En el supuesto de este expediente el plazo

de treinta días hábiles entre la última notificación antes referida (3 de junio de 2019) y el día de celebración del sorteo finalizaba el 22 de julio de 2019. Por ello, al haberse celebrado el sorteo el 12 de julio de 2019, es incontestable que dicho plazo legal no ha sido respetado.

Respecto de la necesidad de notificar la formalización de la partición a la interesada que no compareció a la protocolización, debe también confirmarse la objeción expresada en la calificación, pues la práctica de dicha notificación es un requisito al que el artículo 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, anuda la producción de efectos de la partición.

Resolución de 23-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Pozuelo de Alarcón, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LEY HIPOTECARIA: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El registrador debe calificar en todo caso la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, que pueden referirse a que la representación gráfica de la finca coincida en todo o parte con otra base gráfica inscrita o con el dominio público, a la posible invasión de fincas colindantes inmatriculadas o a que se encubriese un negocio traslativo u operaciones de modificación de entidad hipotecaria (cfr. arts. 9, 199 y 201 LH). El registrador, a la vista de las alegaciones efectuadas en el procedimiento, debe decidir motivadamente según su prudente criterio. 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 resultan fundamentadas las dudas del registrador expuestas en la calificación relativas a la coincidencia de la representación gráfica con la registral 4671. De la exposición del registrador puede apreciarse coincidencia en situación, superficie y longitud de linderos. Finalmente, afirma el recurrente que no se expusieron por el registrador las dudas de identidad al tiempo de expedir certificación, invocando la doctrina de este Centro Directivo sobre el particular en los expedientes regulados en los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria. Esta alegación no puede estimarse, ya que no constituye trámite del artículo 199 de la Ley Hipotecaria la expedición de certificación al inicio del expediente, a diferencia de lo que sucede en los expedientes de los artículos 201 y 203, lo que por otra parte tiene el obvio fundamento de que, al ser tramitado estos expedientes ante notario, deba este conocer la situación registral al comienzo de la tramitación.

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de La Orotava.

OBRA NUEVA: CASOS EN LOS QUE LA FINCA ESTÁ SUJETA A UNA CONDICIÓN DE INDIVISIBILIDAD DE LA PARCELA.

La concreta condición que consta en el Registro por nota marginal supone la vinculación de «la totalidad de la superficie de la finca a que se refiere dicha inscripción a la ampliación de la edificación predicha, de conformidad con el número 3 del artículo 11 en relación con el apartado 2, d) del artículo 9 de la Ley 5/1987 de 7 de abril, sobre la ordenación urbanística del suelo rústico de la comunidad autónoma de Canarias. (...)». A tenor de las normas aplicables cabe concluir que la condición inscrita advierte de la indivisibilidad de la parcela al estar vinculada a la construcción autorizada, constituyendo un eficaz medio de publicidad respecto a terceros.

La vinculación impuesta, como se ha expuesto, constituye un supuesto legal de indivisibilidad de parcela para garantizar el respeto a la parcela mínima edificable en el suelo rústico, pero en principio no impide que pueda ampliarse o modificarse la obra siempre que esté legalmente permitida esa ampliación y autorizada por licencia municipal. Por otra parte, tampoco hay obstáculo para admitir que la ampliación de obra realizada sin licencia pueda llegar a encontrarse en la situación de fuera de ordenación regulada en el artículo 362 de la Ley autonómica por haber transcurrido los plazos de restablecimiento de legalidad urbanística y no tratarse de suelo rústico de protección ambiental o dominio público o en las zonas de protección o servidumbre del mismo —cfr. ap. 4 y 5 del artículo 361—.

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Castro-Urdiales.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ACUERDOS QUE AFECTAN AL DERECHO INDIVIDUAL SOBRE LOS ELEMENTOS PRIVATIVOS.

Con carácter previo conviene recordar que de conformidad con el artículo 2.b) de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, las comunidades que reúnan los requisitos del artículo 396 del Código civil y no hubiesen otorgado título constitutivo de la propiedad horizontal, como es el caso, se someten en cuanto al régimen jurídico de sus partes privativas y elementos comunes a la citada Ley. Asimismo, según las Resoluciones de 17 de octubre de 2010, 27 de noviembre de 2013 o 5 de septiembre de 2019, «cuando la situación fáctica de un edificio es de división horizontal le es de aplicación la Ley de Propiedad Horizontal, aunque los propietarios no hayan otorgado el correspondiente título constitutivo», como se menciona en la disposición transitoria primera de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal y se desprende de su propio artículo primero.

En el régimen de propiedad horizontal se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación

o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

En materia de propiedad horizontal debe distinguirse entre los acuerdos que tienen el carácter de actos colectivos (adoptados con los requisitos previstos en la legislación de propiedad horizontal resultantes de la correspondiente acta —cfr. art. 19 de la Ley sobre propiedad horizontal—), que no se imputan a cada propietario singularmente sino a la junta como órgano comunitario, y aquellos otros actos que, por afectar al contenido esencial del derecho de dominio, requieren el consentimiento individualizado de los propietarios correspondientes, el cual habría de constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal; cfr., también, el último inciso del apartado 2 del art. 18, según la redacción hoy vigente).

Atendiendo a las consideraciones anteriores debe determinarse si la modificación pretendida cumple las exigencias de la Ley sobre propiedad horizontal según la interpretación de esta Dirección General, y, por ende, si es susceptible de inscripción. Y la respuesta ha de ser negativa, debiendo confirmarse íntegramente la calificación de la registradora puesto que no consta el consentimiento expreso de los titulares afectados por la alteración que se hace de sus respectivos elementos privativos. El acuerdo adoptado pretende modificar el carácter que corresponde a determinadas terrazas, las cuales pasarían de ser elementos privativos a constituir elementos comunes del edificio, lo que implica en todo caso la modificación de la descripción de los dos elementos privativos en que aquellas se integraban (los pisos primero derecha y primero izquierda), afectando a los derechos de dominio de sus respectivos titulares y por ello se requiere el consentimiento individualizado de tales propietarios, el cual debe constar mediante documento público para su acceso al Registro de la Propiedad (mediante la adecuada interpretación de los arts. 3, 10 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), de modo que no podrá inscribirse la modificación si no se ha otorgado «*uti singuli*» por todos los que, en el momento de la inscripción, aparezcan como propietarios de los distintos elementos privativos afectados por la alteración (cfr. art. 20 LH), sin que baste, por tanto, la unanimidad (cfr. art. 17, regla 6, de la Ley sobre Propiedad Horizontal), siendo necesario el consentimiento expreso y real de todos los titulares registrales afectados.

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Navacarnero, número 1.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: REQUISITO DE LA PREVIA INSCRIPCIÓN A FAVOR DEL TRANSMITENTE.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.* por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017 y la más reciente de 21 de febrero de 2020 o 22 de enero de 2021) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de

la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). En consecuencia, estando la participación de finca transmitida inscrita en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta del anterior titular registral, no podrá accederse a la inscripción del título ahora calificado sin consentimiento del actual titular registral, por más que haya sido otorgado por titular anterior de quien trae causa por herencia la actual titular (cfr. art. 17 LH).

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de La Orotava.

SOCIEDAD DE GANANCIALES: INCLUSIÓN DE BIENES PRIVATIVOS EN SU LIQUIDACIÓN.

Respecto de la sociedad de gananciales, proclamada en nuestro Derecho la posibilidad de transmisión de bienes entre cónyuges por cualquier título (cfr. art. 1323 CC), nada se opone a que estos, con ocasión de la liquidación de la sociedad conyugal preexistente puedan intercambiarse bienes privativos. Pero no siempre esas transmisiones adicionales de bienes privativos del patrimonio de un cónyuge al del otro tendrán como causa exclusiva la propia liquidación del consorcio. Puede haber, en ocasiones, un negocio complejo, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente consorcial se compense con esa adjudicación —a su favor— de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de esta, con su propia causa.

Es cierto que, como afirma el recurrente, tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la compra con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —*ex lege*— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357, párrafo segundo, CC). En el concreto supuesto de este expediente, en la documentación presentada a calificación nada consta sobre el carácter de vivienda familiar de la finca adjudicada ni sobre la financiación de su adquisición, y, según la constante e inequívoca doctrina de esta Dirección General, debe rechazarse toda pretensión basada en documentos no presentados debidamente en el momento de la calificación y, con mayor motivo, la basada meramente en manifestaciones no contenidas en el título sino en el escrito de recurso (cfr. el art. 326 LH).

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Tortosa, número 1.

HERENCIA: TESTAMENTO OTORGADO POR UNA PERSONA PARCIALMENTE INCAPACITADA.

Este Centro Directivo tiene ya declarado, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 5/2009, de 28 de abril, del Parlamento de Cataluña, parcialmente declarada

inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional número 4/2014, de 16 de enero, que la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de la Generalidad de Cataluña es competente para la resolución de los recursos contra la calificación registral únicamente cuando «las calificaciones impugnadas o los recursos se fundamenten de forma exclusiva en normas del derecho catalán o en su infracción», mientras que «la competencia para resolver recursos mixtos, es decir, basados en cuestiones específicas de derecho catalán como, además, en cuestiones de derecho común u otros derechos corresponde a la Dirección General de los Registros y del Notariado».

En el tradicionalmente denominado «Libro de Incapacitados» del Registro en cuestión consta, en el folio 1 del Tomo 2, una inscripción primera, fechada el 28 de marzo de 2018 (que también se reproduce en la inscripción cuarta de la registral 33561), que expresa lo siguiente: «En el Juzgado de Primera Instancia número cuatro de Tortosa, en sentencia de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, fue declarada en estado civil parcialmente incapaz para regir su persona y bienes a doña T. A. A., debiendo ser suplida su incapacidad a través de la institución de la tutela; y en la que se designó como curadora a la persona de doña A. F. A., la cual en fecha 1 de marzo de 2004, manifestó que no aceptaba dicho cargo, renuncia ratificada el 7 de abril de 2204 (ha de ser 2004) y justificada por causa de enfermedad. En acta de comparecencia de fecha seis de mayo de dos mil cinco, se nombró tutor de Doña T. A. A., a la Fundació Catala Tutelar de Disminuïts Psíquics». Si bien las inscripciones practicadas en el Libro de Incapacitados y en el folio de la finca no tienen la claridad que hubiera sido deseable, debe partirse de un dato incontrovertible: la causante únicamente estaba sometida al régimen de curatela, por razón de una incapacidad parcial declarada y ceñida a las limitaciones reseñadas; esto es, a la asistencia por el curador a determinados actos. Medida de protección esta, por tanto, que no comporta la «*auctoritas interpositio*» («*de lege lata*» propia de la tutela), sino la «*auctoritas gestio*» (característica de la curatela).

En el caso de incapacitación parcial con sujeción a curatela no es de aplicación el régimen del artículo 419-1 del Código civil de Cataluña con la necesaria intervención de dos facultativos, salvo que en la sentencia exista un pronunciamiento expreso que prive a la persona de su capacidad de testar libremente, dado que no se la sometía a tutela, régimen que comportaría una representación legal, sino a una curatela, régimen que exige complemento de capacidad para realizar determinados actos que establece la sentencia; debiendo además interpretarse las limitaciones a la capacidad de manera restrictiva y siempre en favor de la persona con capacidad modificada.

En conclusión, en el reducido marco de este expediente, a la vista del defecto tal como se ha expresado en la calificación, del recto sentido de lo consignado en el Libro de Incapacitados y de la propia sentencia (que no veda al testador disponer «*mortis causa*» de sus bienes), y dados los límites de la calificación registral, no cabe en modo alguno basar la negativa a la inscripción en una hipotética causa de nulidad del testamento; la cual solo podría ser declarada, en el presente caso, por los tribunales de Justicia, que cuentan para ello con los adecuados medios de prueba y contradicción procesal, valorando los extremos que certeramente pone de relieve la sentencia antes transcrita.

Resolución de 26-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro de la Propiedad de Sevilla, número 3.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA POR EL ARTÍCULO 201.3 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

En el presente caso, la rectificación de su calificación por el registrador no consta haberse producido dentro del plazo previsto en el artículo 327 de la LH ni haber sido seguida de la práctica de la inscripción y de la subsiguiente comunicación al recurrente y al autorizante del documento. Por tanto, resulta obligado que este Centro Directivo entre a conocer sobre el fondo del asunto y resolver el recurso interpuesto.

En el caso que nos ocupa, en principio, la rectificación descriptiva puede ampararse tanto en la letra a como en la letra b del artículo 201.3 LH (por ser conforme a certificación catastral descriptiva y gráfica y además ser la diferencia inferior al 5% de la superficie inscrita). Sin embargo, tal y como prevé el último párrafo del apartado 3 del artículo 201, el registrador motivadamente ha expuesto dudas de identidad, las cuales encajan con precisión en los supuestos contemplados en la norma. En efecto, en el caso que nos ocupa concurren dos de los supuestos previstos en el precepto: la procedencia de la finca por segregación y la determinación con exactitud de la superficie de la finca, incluso con las medidas longitudinales de sus linderos. Y sin que las meras afirmaciones sobre imprecisiones en la medición puedan desvirtuar tales dudas de identidad, sin la previa intervención de los titulares colindantes.

Es por este motivo que en el caso que nos ocupa, ante las dudas del registrador, lo procedente es acudir a un medio que permita la rectificación descriptiva con mayores garantías, como son o bien el previsto en el artículo 199 o bien el que regula el apartado 1 del artículo 201, permitiendo la intervención de los titulares colindantes antes de practicar la rectificación, evitando así eventuales perjuicios a terceros.

Finalmente debe considerarse adicionalmente que en el caso que nos ocupa se trata de una declaración de obra nueva. En cuanto al modo de proceder en la inscripción de obras nuevas tras la reforma de la Ley Hipotecaria operada por la Ley 13/2015, de 24 de junio, este Centro Directivo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en varias resoluciones sobre el ámbito de aplicación del artículo 202 de la Ley Hipotecaria. En todo caso debe partirse de que el precepto proclama, de manera clara, general y sin excepciones, que «la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica». La circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, tal y como se puso de manifiesto por esta Dirección General en la Resolución de 28 de septiembre de 2016 y reiterada en muchas posteriores como la de 4 de enero, 23 de abril, 14 de mayo o 4 de septiembre de 2019 (entre otras).

Resolución de 1-3-2021

BOE 23-4-2021

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 1.

PROCEDIMIENTO ARTÍCULO 199 LH: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

Si bien en principio es posible la rectificación de una representación gráfica inscrita, la inscripción de la nueva representación debe someterse a las normas y procedimientos generales para su inscripción y, en lo que ahora nos interesa, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca. 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. 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.

Además, debe citarse la Resolución, de 23 de septiembre de 2020, conjunta de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y de la Dirección General del Catastro, por la que se aprueban especificaciones técnicas complementarias para la representación gráfica de las fincas sobre la cartografía catastral y otros requisitos para el intercambio de información entre el Catastro y el Registro de la Propiedad. En la misma se contempla la posibilidad de utilizar una representación gráfica alternativa para mejorar la precisión métrica de la cartografía catastral, y a tal efecto establece los parámetros que permiten determinar cuándo una representación gráfica alternativa es equivalente a la cartografía catastral, definiendo en su anexo II el margen de tolerancia gráfica.

En el presente caso, aunque en forma ciertamente escueta, resultan identificadas y fundadas las dudas de la registradora en la nota de calificación en cuanto a la existencia de conflicto entre fincas colindantes. Debe recordarse que los datos físicos que resultan de la cartografía catastral gozan de la presunción de veracidad que establece el artículo 3 de la Ley del Catastro en su apartado 3.

Resolución de 3-3-2021

BOE 23-4-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 23.

RECURSO GUBERNATIVO: ÁMBITO.

Solo cabe interponer recurso ante esta Dirección General cuando el registrador califica negativamente el título, sea total o parcialmente. Según la reiterada

doctrina de esta Dirección General, basada en el contenido del artículo 326 de la Ley Hipotecaria y en la doctrina del 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, señaladamente, por lo que atañe al presente caso, declarar que en la inscripción practicada se haya incumplido el principio de prioridad (y tracto sucesivo) o la aplicación del arancel a las operaciones registrales practicadas, cuestiones todas ellas extrañas al recurso contra la calificación registral.

De acuerdo con lo anterior, es igualmente doctrina reiterada que, una vez practicado un asiento, el mismo se encuentra bajo la salvaguardia de los tribunales, produciendo todos sus efectos en tanto no se declare su inexactitud, bien por la parte interesada, bien por los tribunales de Justicia de acuerdo con los procedimientos legalmente establecidos (arts. 1, 38, 40 y 82 LH), por tanto, conforme a esta reiterada doctrina, el recurso contra la calificación negativa del registrador no es cauce hábil para acordar la cancelación de asientos ya practicados.

Resolución de 3-3-2021

BOE 23-4-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 8.

PROPIEDAD HORIZONTAL: ANEJOS.

Los anejos son elementos accesorios de carácter privativo que forman parte integrante de un elemento privativo de la propiedad horizontal con el que están unidos jurídicamente, aunque se caracterizan por estar situados físicamente fuera del mismo. La identificación de los anejos exige su descripción y en su caso numeración. Al tratarse de elementos integrantes y accesorios del piso o local, no caben negocios jurídicos exclusivos sobre el anejo, ni sobre el piso sin incluir el anejo, ni desde luego cabe asignarles cuota. No obstante, con el acuerdo unánime de la comunidad, cabe desvincular un anejo y convertirlo en piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, siempre que reúna las características necesarias para ello. También cabe separarlo del piso o local y agregarlo a otro.

En el presente caso y según resulta del Registro, se ha dado al garaje la configuración de elemento privativo independiente con su propia cuota de participación, resultando su condición de anejo de la expresa vinculación a la vivienda, circunstancia que se hace constar en ambas fincas registrales.

Resolución de 4-3-2021

BOE 23-4-2021

Registro de la Propiedad de San Cristóbal de La Laguna nº 2-Área Metropolitana de Santa Cruz de Tenerife.

HERENCIA: ENTREGA DE LEGADOS.

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. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma. Esto es, el recurso debe resolverse atendiendo únicamente a las cuestiones planteadas en la nota recurrida y a la documentación presentada al tiempo en que se produjo la calificación.

En cuanto a la cuestión la necesidad de la entrega por parte de los herederos del legado, y de la falta de autorización al legatario para ocupar por su propia autoridad la cosa legada al no existir albacea facultado para darla, el artículo 885 del Código civil establece que el legatario no puede ocupar por sí la cosa legada, debiendo exigir tal entrega al albacea facultado para la misma o a los herederos. A estos hay que añadir aquellos casos en los que el legatario estuviese, antes de la apertura de la sucesión, en posesión de la cosa legada por haberle sido entregada por el causante en vida.

El artículo 81 del Reglamento Hipotecario establece que «La inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de: a) Escritura de manifestación de legado otorgada por el propio legatario, siempre que no existan legitimarios y aquel se encuentre facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (...) c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y (...) por el heredero o herederos. d) Solicitud del legatario cuando toda la herencia se hubiera distribuido en legados y no existiere contador partidor, ni se hubiera facultado al contador partidor para la entrega...». Ciertamente, en el supuesto de este expediente no está el legatario autorizado para tomar posesión por su propia autoridad de la cosa legada, y hay designados herederos, por lo que no procede aplicar el apartado d) del artículo 81 del Reglamento Hipotecario.

Resolución de 4-3-2021

BOE 23-4-2021

Registro de la Propiedad de Santa María de Guía.

DOBLE INMATRICULACIÓN: REQUISITOS DE TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE.

En el escrito inicial aportado por la recurrente no se solicita expresamente la tramitación del expediente del artículo 209 de la Ley Hipotecaria, sino la cancelación de la finca registral 28844 de Gáldar por existir una doble inmatriculación con las fincas registrales 18396 y 18398 propiedad de los solicitantes, instando al registrador que inicie de oficio el expediente. La solicitud en sí misma es contradictoria, pues el expediente de doble inmatriculación, como todos los expedientes de jurisdicción voluntaria atribuidos por la Ley 13/2015, y con carácter general por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria a notarios y registradores deben, por lógica y por su propia naturaleza de la jurisdicción voluntaria, tener un promotor, con las consecuencias derivadas de tener tal condición.

Cuestión distinta es que el registrador de oficio, es decir, por propia iniciativa, y sin que le requiera nadie, pueda iniciarlo, pero para ello el registrador tiene que tener la convicción de la existencia de la doble inmatriculación y —es

evidente que no concurre en este expediente— la voluntad expresa al efecto de iniciarlo bajo su responsabilidad.

Por otra parte, para iniciar un expediente de doble inmatriculación, sea de oficio o a instancia de parte, se requiere la existencia de pruebas indiciarias acreditativas de la doble inmatriculación, que pasan necesariamente por disponer de representaciones gráficas demostrativas de la inexactitud registral.

Por otra parte, la solicitud parece estar motivada por la comunicación recibida de la iniciación de un expediente de reanudación de tracto sucesivo. En efecto, la recurrente indica en su recurso que aporta acta notarial autorizada el 9 de enero de 2020 por el notario de Gáldar, don Roberto Baltar González, bajo el número 1 de su protocolo. Pero dicha acta por la que se iniciaba expediente de dominio para reanudación de tracto, que causó el asiento 196 del Diario 109 y que impedía el despacho del título cuya calificación ahora se recurre, fue calificado negativamente y cancelado el asiento de presentación por caducidad. Por lo que dicho título no puede ser prueba indiciaria de la existencia de una doble inmatriculación al no haber tenido acceso al Registro.

Resolución de 10-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Vigo, número 3.

PROCEDIMIENTO DE APREMIO ADMINISTRATIVO: SISTEMA DE ADJUDICACIÓN. RETRACTO DE COLINDANTES: REQUISITOS.

Tiene razón la registradora al advertir la confusión terminológica empleada tanto en la certificación del acta de subasta de 21 de noviembre de 2018 como en el anexo complementario a dicha acta de 20 de octubre de 2020, en la medida en que en el primero se hace referencia al «trámite de venta mediante gestión y adjudicación directa» y el segundo al «procedimiento de enajenación mediante venta y adjudicación directa». Ello no obstante, del conjunto de la documentación resultante del expediente resulta indudable que el procedimiento empleado para la adjudicación del bien ha sido el de subasta, regulado en los artículos 101 y siguientes del Reglamento General de Recaudación. Finalmente, la adjudicación definitiva se realiza a favor de la sociedad recurrente como consecuencia del ejercicio por parte del mismo del derecho de retracto de colindantes del artículo 1523 del Código civil, en aplicación de lo previsto por el vigente artículo 104 bis, apartado e), lo que tiene lugar únicamente en el seno del procedimiento de subasta.

En ninguna de las certificaciones administrativas presentadas a inscripción figura referencia alguna a las circunstancias de haber habido una primera y en su caso segunda licitación (contempladas en el Reglamento General de Recaudación antes de la reforma de 2017), o de haber sido adjudicada la finca a la mercantil recurrente como consecuencia de haber quedado desierta la subasta. Por ello no puede confirmarse la objeción planteada por la registradora, ni, en consecuencia, procede analizar el segundo de los cuestionamientos planteados por la registradora relativo a la improcedencia del procedimiento de adjudicación directa tras la reforma operada por el Real Decreto 1071/2017, que prohíbe acudir al mismo como procedimiento ulterior y subsiguiente al de subasta, en tanto en cuanto no ha sido este el cauce seguido para la adjudicación de la finca a favor del recurrente.

Según el segundo defecto invocado por la registradora, esta rechaza el ejercicio del derecho de retracto por parte de la sociedad recurrente (titular de la finca colindante con la que es objeto de subasta), por dos razones: no ser definitiva la adjudicación realizada a favor de la mejor postora y no ser rústica la finca objeto de enajenación. Esta Dirección General (*vid.* Resoluciones citadas en los «Vistos» y, por todas, la más reciente de 21 de febrero de 2020) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el ámbito de eficacia temporal de la mencionada reforma a propósito del procedimiento de enajenación por el trámite de la adjudicación directa como procedimiento posterior y subsiguiente al de subasta. Según la doctrina fijada por este Centro Directivo, la transcrita disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1071/2017 no extiende su ámbito de aplicación a la modificación introducida en el artículo 107 del Reglamento General de Recaudación. Por otra parte, y en cuanto al ámbito de aplicación temporal de los artículos 104 y 104 bis del Reglamento General de Recaudación, preceptos que sustituyen al anterior artículo 104, no hay duda de que el vigente artículo 104 del Reglamento General de Recaudación, que regula «el desarrollo de la subasta» resulta únicamente aplicable a procedimientos iniciados a partir del 1 de septiembre de 2018, siendo íntegramente de aplicación la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 1071/2017.

Más problemática resulta la determinación del ámbito temporal de aplicación de los restantes artículos reguladores del procedimiento de enajenación mediante subasta, y específicamente la del artículo 104 bis. En el presente caso resulta que, de acuerdo con la certificación de 23 de noviembre de 2018, por resolución de 15 de enero de 2018 se acordó celebrar subasta de la finca embargada el día 11 de abril de 2018. En consecuencia, únicamente el desarrollo de la subasta se regirá por el artículo 104 en su redacción originaria, aplicándose la reforma introducida por el Real Decreto 1071/2017 a todo lo demás, siendo, por tanto, de aplicación el introducido artículo 104 bis, tal y como sostiene la registradora y a pesar de lo confuso de las certificaciones administrativas que constan en el expediente, e incluso de las alegaciones presentadas por la Agencia Tributaria de Galicia, que unas veces invocan artículos anteriores a la reforma y otras, artículos posteriores a ella.

Como es bien sabido, en nuestro ordenamiento jurídico se sigue la teoría del título y del modo para la transmisión del dominio o derecho real de que se trate (cfr. art. 609 CC). En el contrato de compraventa, para que el adquirente devenga dueño de la cosa adquirida se requiere, además del título (compraventa, ya sea voluntaria o forzosa), el modo o «*traditio*» (por cualquiera de las formas establecidas en los arts. 1462 a 1464 CC). De este modo, si bien la posibilidad de ejercitar los derechos de retracto legal en casos de ventas en el seno de procedimientos ejecutivos queda fuera de toda duda, lo cierto es que resulta especialmente determinante el momento en que se entienda consumada la venta o enajenación a la hora de determinar el «*dies a quo*» del ejercicio de los mismos. Respecto al momento en el que procede el ejercicio de los derechos de retractos previstos por el Código civil en el caso de ventas de bienes realizadas en el seno de procedimiento de ejecución judicial, el Tribunal Supremo se ha pronunciado reiteradamente. Así, en Sentencia de 18 de marzo de 2009. En línea con lo mencionado es necesario aclarar que el hecho determinante del nacimiento del derecho y del comienzo del plazo para ejercitar la acción es la venta entendida como acto de enajenación o traslativo de dominio, esto es, entendida como venta consumada y no meramente perfeccionada.

Dada la común condición de procedimiento de realización o ejecución forzosa que presenta el procedimiento de apremio por deudas tributarias de las que trae causa la adjudicación objeto del presente expediente, la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Supremo antes referidas ha de considerarse aplicable igualmente, por identidad razón, a estos procedimientos de apremio. Lo determinante en unas y otras es el momento en que la persona que pretende ejercitar la acción de retracto haya tenido completo conocimiento de las circunstancias y condiciones esenciales de la venta pues, en última instancia, el retrayente habrá de subrogarse con las mismas condiciones en lugar del que aparece como adquirente en la subasta pública. Específicamente, tratándose de subastas en el seno de procedimientos ejecutivos tributarios, el referido conocimiento tiene lugar mediante la comunicación prevista por el mencionado artículo 104 bis, apartado e), del Reglamento General de Recaudación, aplicable a partir del 1 de enero de 2018, según lo antes expuesto, conforme al cual: «e) Designado adjudicatario conforme a los apartados anteriores y cuando, según la legislación aplicable, existan interesados que sean titulares de un derecho de tanteo u otro de adquisición preferente que obligue a poner en conocimiento previo las condiciones de la adjudicación, se comunicará esta a dichos interesados. La adjudicación acordada por la Mesa quedará en suspenso durante el plazo en el que, según la legislación aplicable, los interesados puedan ejercer su derecho de adquisición».

Finalmente, objeta la registradora la improcedencia del derecho de retracto por no ser la finca de naturaleza rústica. En la certificación del acta de adjudicación de bienes por subasta y mandamiento de cancelación se describe la finca como rústica, y se la identifica por dos referencias catastrales, una correspondiente a la parte de finca rústica y otra a la parte urbana. Según el historial registral la finca consta inscrita con el carácter de finca urbana desde el año 2011. Y, según el planeamiento urbanístico aplicable, la clasificación urbanística correspondiente a la parcela es la de suelo urbanizable no programado. De la normativa urbanística gallega resulta la improcedencia del derecho de retracto de colindantes establecido en el artículo 1523 del Código civil, en la medida en que la finca objeto de ejecución (o vendida según los términos en que se pronuncia este precepto legal) no tiene naturaleza de finca rústica, tal y como reconoce el propio recurrente.

Resolución de 10-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 6.

DERECHOS REALES: *NUMERUS APERTUS*. CAUSA: NECESARIA EXPRESIÓN EN EL TÍTULO. HERENCIA FUTURA: INTERPRETACIÓN ARTÍCULO 1271 DEL CÓDIGO CIVIL.

Con base en el criterio de «*numerus apertus*» que rige en nuestro ordenamiento, se permite no solo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. arts. 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 RH), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos (cfr. arts. 392, 467, 470, 523, 594 y 1648.2.º CC) y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. arts. 11,

23 y 37 LH). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «*erga omnes*» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio y 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras). Debe concluirse que en el presente caso es indudable que se declara la voluntad de sujetar la extinción de la comunidad con las correspondientes adjudicaciones a una condición suspensiva, consistente claramente en un suceso futuro e incierto (no el fallecimiento de uno de los copropietarios, sino, en realidad, el hecho de que la sucesión de este se rija por un testamento determinado). Y el hecho de que se añada un término (seis meses a contar del fallecimiento) para que el cumplimiento de la condición produzca sus efectos no puede ser obstáculo a la inscripción de dicha estipulación.

Es necesaria la expresión de causa en los títulos inscribibles, dado que en nuestro Derecho la causa es determinante no solo de la validez del negocio jurídico, sino también de sus efectos, y debe inexcusablemente constar en el título para posteriormente reflejarse en la inscripción. Lo que ocurre es que tales especificaciones se realizan únicamente respecto de las relaciones entre los copropietarios que otorgan la escritura (titulares cada uno de una cuarta parte indivisa) y falta la expresión de esos mismos extremos —e incluso también del consentimiento, objeto y forma; cfr. artículo 1261 del Código civil— respecto del copropietario de la restante mitad indivisa, el padre que interviene únicamente en representación de su hija.

La tercera de las objeciones que el recurrente rebate es que el negocio calificado constituye un pacto sobre herencia futura, sin concurrencia de todos los herederos forzosos, prohibido por el artículo 1271 párrafo segundo del Código civil. Para poder hablar de contrato sobre herencia futura, tanto en el caso de los pactos afirmativos o adquisitivos, como en el de los negativos o abdicativos (pactos de «*succedendo*» y de «*non succedendum*»), debe pactarse alguna estipulación en relación con llamamientos hereditarios o con el conjunto patrimonial que una persona deje al morir. En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado reiteradamente que el artículo 1271 del Código civil, al aludir a la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura, se refiere única y exclusivamente a los pactos sobre la universalidad de una herencia. Atendiendo a las consideraciones anteriores no puede mantenerse la objeción que expresa el registrador para rechazar la inscripción solicitada, pues el negocio jurídico calificado no tiene por objeto la universalidad del patrimonio de la futura herencia de ninguno de los adquirentes.

Resolución de 11-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: INTERVENCIÓN DEL TITULAR REGISTRAL.

Como ha reiterado este Centro Directivo, es principio básico de nuestro sistema registral que todo título que pretenda su acceso al Registro ha de venir

otorgado por el titular registral o en procedimiento seguido contra él (cfr. arts. 20 y 40 LH), alternativa esta última que no hace sino desenvolver en el ámbito registral el principio constitucional de salvaguardia jurisdiccional de los derechos e interdicción de la indefensión (cfr. art. 24 de la Constitución española) y el propio principio registral de salvaguardia judicial de los asientos registrales (cfr. art. 1 LH).

Tratándose de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, como sucede en el supuesto de hecho que nos ocupa, no existía ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada.

Resolución de 11-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Adeje.

PRINCIPIO DE TRACTO SUCESIVO: NOTA MARGINAL DE AFECCIÓN URBANÍSTICA.

Como ha señalado este Centro Directivo en sus Resoluciones de 31 de enero, 26 de mayo y 13 de junio de 2014, recogidas en otras posteriores, la afección urbanística derivada de la ejecución de los proyectos de reparcelación produce efectos de garantía real, según resulta de los artículos 14 d) y 15.4 del texto refundido de la Ley de Suelo, y del artículo 19 del Real Decreto 1093/1997, y esta afección se extiende no solo a los titulares de derechos y cargas en la finca de resultado, por efecto de la subrogación legal operada, sino también sobre aquellos constituidos sobre dicha finca con posterioridad a la constancia registral de la afección, con excepción del Estado en cuanto a los créditos a que se refiere el artículo 73 de la Ley General Tributaria y a los demás de este carácter, vencidos y no satisfechos, que constasen anotados en el Registro de la Propiedad con anterioridad a la práctica de la afección.

Con independencia de si en virtud de la afección real de las fincas resultantes al pago de los gastos inherentes al sistema de actuación seguido pueden los acreedores de la junta de compensación por deudas contraídas en el desempeño de su cometido proceder directamente contra las parcelas adjudicadas o pedir anotación preventiva de su crédito como refaccionario, como ocurre en el caso presente; o, si por el contrario, ha de recurrirse en tal hipótesis a la vía indirecta de la acción subrogatoria (cfr. art. 1111 CC), lo cierto es que el principio constitucional de salvaguarda jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos (cfr. art. 24 de la Constitución española), y los principios registrales de legitimación y tracto sucesivo (cfr. arts. 20 y 38 LH), suponen que en el procedimiento correspondiente, los titulares de las fincas cuyo gravamen se pretende deben haber sido parte con carácter personal y directo, sin que ni siquiera sea suficiente la mera notificación de la existencia del procedimiento entablado, pues, al no ser titulares pasivos de la deuda reclamada (advértase que la junta de compensación, que aparece como deudora, tiene personalidad jurídica propia), no tendrían legitimación ni trámite adecuado para hacer valer sus respectivos derechos. En el caso de este expediente además la nota marginal de afección a los gastos de urbanización aparece registralmente cancelada por caducidad, por lo que el incumplimiento del tracto sucesivo es aún más patente.

Resolución de 15-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Celanova.

OPCIÓN DE COMPRA: EN FUNCIÓN DE GARANTÍA DE UNA DEUDA.

El Código civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud, el acreedor, en caso de incumplimiento de la obligación, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* arts. 6, 1859 y 1884 CC). En efecto, como afirmó este Centro Directivo en su Resolución de 8 de abril de 1991 (expresamente invocada por el Tribunal Supremo, Sala Primera, en su Sentencia de 5 de junio de 2008), «el pacto comisorio, configurado como la apropiación por el acreedor de la finca objeto de la garantía por su libérrima libertad ha sido siempre rechazado, por obvias razones morales, plasmadas en los ordenamientos jurídicos, al que el nuestro nunca ha sido ajeno, bien como pacto autónomo, bien como integrante de otro contrato de garantía ya sea prenda, hipoteca o anticresis (arts. 1859 y 1884 CC), rechazo que se patentiza además en la reiterada jurisprudencia sobre la materia tanto del Tribunal Supremo como de este Centro Directivo».

No es menos cierto que, como ya admitió este Centro Directivo en las Resoluciones de 26 de diciembre de 2018 y 28 de enero y 27 de octubre de 2020, deben admitirse aquellos pactos o acuerdos que permitan un equilibrio entre los intereses del acreedor y del deudor, evitando enriquecimientos injustos o prácticas abusivas, pero que permitan al acreedor, ante un incumplimiento del deudor, disponer de mecanismos expeditivos para alcanzar la mayor satisfacción de su deuda. Por ello —se añade— podría admitirse tal pacto siempre que concurren las condiciones de equilibrio entre las prestaciones, libertad contractual entre las partes y exista buena fe entre ellas respecto del pacto en cuestión. La prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido. El Tribunal Supremo ha admitido en la ejecución de la prenda la aplicación de la compensación por parte de la entidad acreedora si es la depositaria del importe de que se trate, toda vez que, al referirse a valores dinerarios no hay riesgo de abuso para el deudor.

Por otra parte, es indudable que, de ser aplicable la legislación sobre consumidores y usuarios, procedería un enfoque radicalmente distinto de la cuestión, dadas las medidas tuitivas que respecto de los deudores y en relación con la ejecución de la hipoteca establecen normas imperativas como, entre otras, la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, ni la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito, la Ley de Enjuiciamiento Civil o la Ley Hipotecaria.

A la vista del referido estado de la cuestión —en los ámbitos doctrinal, jurisprudencial y también legislativo—, debe afirmarse que la prohibición del pacto comisorio pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa ofrecida en garantía —cualquiera que haya sido la vía seguida— se efectúe en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien, y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor. 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 previsiones 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.

Como ya ha tenido ocasión de declarar este Centro Directivo (cfr. Resolución de 19 de mayo de 2016), un derecho de opción que forma una unidad con otro negocio jurídico distinto del arrendamiento o que se ejercita sobre un derecho real distinto del pleno dominio produce una dependencia que no puede ser ignorada por el ordenamiento jurídico. De otra forma sería imposible el avance y adaptación del derecho al devenir de los tiempos. 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. Y 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.

Resolución de 16-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Celanova.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS PARA LA REINSCRIPCIÓN A FAVOR DEL VENDEDOR.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada —referido 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 RH), 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 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); 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.^a RH).

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo (cfr. Sentencia de 31 de julio de 1995) el artículo 1504 del Código civil es aplicable a la permuta de solar a cambio de pisos en edificio futuro siempre que se haya pactado condición resolutoria explícita, y, también puede aplicarse en el presente supuesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina de este Centro Directivo relativa a dicho precepto. En el presente caso se facilita la prueba de un hecho que no es de complicada demostración —la absoluta falta de construcción del geriátrico—, relacionado con el incumplimiento del adquirente, lo que, en su caso, permite a este oponerse expresamente a la resolución pretendida y, tal y como ha sido expresamente pactado por las partes libremente, desvirtuar así la prueba del incumplimiento. Tampoco cabe desconocer que el enérgico sistema de autotutela que supone la facultad resolutoria pactada en favor del cedente, no deja desamparado al adquirente, pues el trámite previsto de oposición impide que el primero pueda decidir, sin posibilidad de defensa alguna de la contraparte, una cuestión tan delicada. En efecto, tal como alega el notario autorizante, el título por que se solicita la reinscripción, es el mismo que fue inscrito parcialmente en su día, y el interesado no contradice con su solicitud de reinscripción la situación registral anterior, sino que pretende hacerla valer en estricto rigor. Por ello, debe revocarse la calificación recurrida en cuanto a este defecto señalado, que exige que, a falta de acuerdo entre las partes, recaiga la correspondiente resolución judicial sobre la existencia de causa de ineficacia del negocio inscrito.

En el presente caso se establece que «Para el ejercicio de la resolución bastará la notificación fehaciente a la entidad compradora por parte del transmitente de su voluntad resolutoria al producirse el incumplimiento de las obligaciones». Así, en la cláusula resolutoria debatida no se explicita la necesidad de que la notificación sobre la resolución sea notarial o judicial; tan solo se exige que sea fehaciente; y, como ha expresado este Centro Directivo en Resolución de 12 de febrero de 2015, para un caso en el que se apreció analogía con el supuesto en que se ejercite la facultad resolutoria *ex* artículo 1504 del Código civil, que comporta la recuperación del bien por el primitivo transmitente —con la correlativa pérdida para el adquirente— y la reinscripción a favor de aquel, debe entenderse que la notificación de quedar resuelto el contrato solo es válida si se efectúa por vía judicial o notarial, según la doctrina jurisprudencial que respecto de la condición resolutoria explícita *ex* artículo 1504 del Código civil ha fijado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 4 de julio de 2011.

Esta Dirección General (cfr., por todas la Resolución de 10 de julio de 2013) ha afirmado que cuando la notificación a la que se refiere el artículo 1504 del Código civil se practica por notario, debe ajustarse a las previsiones del Reglamento Notarial. A falta de norma específica que imponga exigencias complementarias, basta con que se cumpla lo que a tal efecto establecen los artículos 202, 203 y 204 de dicho Reglamento Notarial. A la luz de lo establecido en los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial debe concluirse que en tal caso sería necesaria una doble actuación notarial que diera cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula, uno efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación había de practicarse, y otro mediante su envío por correo certificado con acuse de recibo (o por cualquier otro procedimiento que permitiera dejar constancia fehaciente de la entrega). De este modo, en los casos como el presente, si se ha realizado úni-

camente el intento de notificación presencial previsto en el citado artículo 202, pero no el envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo, existiría un obstáculo a la inscripción por no poder entenderse que se haya practicado la notificación fehaciente exigida por el artículo 1504 del Código civil.

Resolución de 17-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 53.

RECURSO GUBERNATIVO: CASOS YA RESUELTOS POR UN RECURSO ANTERIOR. TÍTULO INSCRIBIBLE: RECTIFICACIÓN DE ERRORES.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo reiteradamente (*vid.*, por todas la Resolución de 27 de febrero de 2020) la posibilidad admitida en el artículo 108 del Reglamento Hipotecario, de reproducir la presentación del título, una vez caducado el asiento de presentación anterior, y la subsiguiente petición de nueva calificación, no puede mantenerse cuando la cuestión ha sido objeto de un recurso contra la calificación cuestionada, ya se trate de un recurso potestativo ante esta Dirección General, o de una impugnación directa ante los tribunales a través del juicio verbal (cfr. art. 324 LH), pues en tales casos la resolución que recaiga será definitiva, sin posibilidad de reproducir la misma pretensión. No obstante, se da en el presente supuesto una circunstancia que permite mantener la admisión del recurso y entrar en la cuestión planteada en el mismo, pues en la referida Resolución de 5 de noviembre de 2020, como reconoce el registrador en su referido informe, este Centro Directivo no pudo entrar en el fondo de la calificación respecto del defecto ahora reiterado porque entonces el recurrente no adujo argumento o fundamento alguno para combatirlo.

Lo que no puede hacer el notario autorizante de la escritura calificada es trasladar al registrador la responsabilidad de la subsanación del error padecido en el presente caso (error que resulta evidente de la realización de una mera operación matemática) cuando con una simple diligencia, conforme artículo 153 del Reglamento Notarial —sin intervención de los otorgantes de la escritura, atendiendo a los medios que para ello dispone el notario—, se daría adecuada respuesta al problema planteado, sin necesidad de cualquier actuación posterior, como la interposición del presente recurso, que provoca lo que precisamente las citadas resoluciones aconsejan evitar: la reiteración de trámites innecesarios que no proporcionan garantía adicional alguna y retrasan la inscripción solicitada.

Resolución de 18-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Lugo, número 2.

DERECHO FORAL DE GALICIA: PARTICIÓN DE HERENCIA.

La tramitación de la designación de un contador-partidor distinto del que pueda designar el testador, se recoge en la Ley de derecho civil de Galicia en los artículos 295 y siguientes. En esta regulación gallega, no hay una reserva expresa en favor de los órganos jurisdiccionales. En consecuencia, el procedimiento del artículo 1057.2 del Código civil en modo alguno contraviene principios o pautas

del ordenamiento jurídico gallego, sino que es perfectamente congruente con él, y complementario como legislación supletoria.

En cuanto a la partición conjunta, en el supuesto concreto, se hace la liquidación de la sociedad de gananciales adjudicando la mitad indivisa de cada uno de los bienes comunes a cada una de las herencias de los esposos, y cumpliendo con la mayoría del 50% del haber partible de cada una de las herencias, pero lo rechaza la registradora al ser acumuladas ambas particiones. El artículo 293 de la Ley de derecho civil de Galicia, en sede de la Sección Tercera «de la partición por el contador-partidor», establece lo siguiente: «En la partición, el contador-partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Si el contador-partidor lo fuera de ambos cónyuges y realizara la partición conjunta, podrá prescindir de la liquidación de la sociedad conyugal, salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de ellos».

En definitiva, se trata de un principio y espíritu que busca promover y facilitar la actuación conjunta de los cónyuges en materia sucesoria, así como evitar los bloqueos de las particiones y proindivisos perniciosos para la administración y función social de la propiedad, admitiendo el testamento mancomunado, el testamento por comisario, la partija conjunta y, como en este caso, la partición de la herencia por mayoría. Esto facilita que, en la vida ordinaria, la partición de las herencias, mientras sobrevive uno de los cónyuges, si ha sido instituido usufructuario por el fallecido no suele tener lugar la partición, y se difiere hasta el fallecimiento del supérstite.

El artículo 295 de la Ley de derecho civil de Galicia, literalmente se refiere al «causante», pero una interpretación lógica del precepto combinada con el artículo 293 del mismo texto legal, y la aplicación de los principios y tradiciones inspiradores de la ley gallega, no dejan lugar a dudas de que también cabe la partición conjunta de los caudales del matrimonio, por mayoría, pero en este caso concurriendo la cuota de más de la mitad del haber partible de cada uno de los esposos. Entender otra cosa sería privar de utilidad práctica a la norma y hacer inocuo el precepto.

Respecto al nombramiento de contadores partidores en la partición hecha por la mayoría, esta Dirección General ha diferenciado el procedimiento de jurisdicción voluntaria regulado por la Ley 2/2015 de la partición regulada en los artículos 295 y siguientes de la Ley 2/2006, y ha puesto de relieve (cfr., por todas, la Resolución de 28 de enero de 2018) que una y otra son particiones de distinta naturaleza, esto es, por un lado, un acto de jurisdicción voluntaria realizado por el notario o letrado de la Administración de Justicia que aprueban la partición del contador-partidor; en el caso del artículo 1057.2 del Código civil, y por otro, una partición contractual, aunque no unánime, en el caso de los artículos 295 y siguientes de la ley gallega. En cuanto al nombramiento de contadores-partidores, difieren también ambas regulaciones, pues mientras en el supuesto de los artículos 1057.2 del Código civil y 66 de la Ley del Notariado, el nombramiento lo hace el propio notario (o el letrado de la Administración de Justicia) entre la lista de contadores-partidores posibles que elaborará el correspondiente Colegio Notarial (art. 50 de la Ley del Notariado), en cambio, en el de la partición por mayoría el nombramiento, se hace por insaculación entre contadores-partidores designados por los propios partícipes que promueven la partición.

Así, la partición por mayoría del Derecho gallego subsiste tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria con sus propios trámites y naturaleza, como particularidad foral, de carácter sustantivo y no procesal o procedimental, pero de modo

concurrente con la partición por contador-partidor dativo del artículo 1057.2 del Código civil, que tiene la naturaleza procesal referida de la Jurisdicción Voluntaria.

Habiendo fallecido los causantes en los años 1992 y 1997 respectivamente, los derechos sucesorios de sus causahabientes —entre ellos las legítimas— se rigen por el Código civil y la Ley 4/1995, de 24 de mayo respectivamente, en los que se establecía un régimen prácticamente idéntico al del Código civil — artículos 146 y siguientes de la Ley 2/1995— y por tanto con la naturaleza de «*pars bonorum*» y no como un mero derecho de crédito. En cuanto al principio de evitar la indivisión, como se ha recordado antes, este Centro Directivo, en Resolución de 16 de octubre de 2020, ha puesto de relieve que el legislador gallego a fin de proveer de recursos que eviten las situaciones de bloqueo derivadas de la falta de colaboración de determinados herederos, ha habilitado sistemas que agilicen y flexibilicen la partición en casos de posibles oposiciones a ella y sistemas de evitación del bloqueo e indivisión de la herencia. En el caso de partición por mayoría del Derecho civil gallego, el contador-partidor designado por insaculación, tiene unas funciones que no precisan culminar con la aprobación del notario ni del letrado de Administración de Justicia, pues el principio que informa esta forma de partición es evitar las situaciones de bloqueo e indivisión de la herencia derivadas de la falta de colaboración de determinados herederos, para lo que se han habilitado estos sistemas que agilicen y flexibilicen la partición en casos de posibles oposiciones a ella.

El cuarto defecto señalado es que, en el acta notarial de notificación a la heredera no presente, que se efectúa por correo, solo resulta un intento de entrega, por lo que partición no puede tenerse por terminada ni producir sus efectos. A falta de norma específica que imponga exigencias complementarias a dicha notificación, basta con que se cumpla lo que a tal efecto establecen los artículos 202, 203 y 204 del Reglamento Notarial. A la luz de lo establecido en los artículos 202 y 203 del Reglamento Notarial debe concluirse que en tal caso sería necesaria una doble actuación notarial que diera cobertura al menos a dos intentos de notificación con entrega de la correspondiente cédula, uno efectuado mediante la personación del notario en el domicilio en que la notificación había de practicarse, y otro mediante su envío por correo certificado con acuse de recibo (o por cualquier otro procedimiento que permitiera dejar constancia fehaciente de la entrega). De este modo, en los casos como el presente, si se ha realizado únicamente el intento de envío de la cédula de notificación por correo certificado con acuse de recibo, pero no la notificación presencial prevista en el citado artículo 202, existiría un obstáculo a la inscripción por no poder entenderse que se haya practicado la notificación a la que el artículo 307 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia, anuda la producción de efectos de la partición.

Resolución de 18-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Pina de Ebro.

EXPEDIENTE DE DOMINIO PARA LA REANUDACIÓN DEL TRACTO SUCESIVO: NO PUEDE PROVOCAR LA RECTIFICACIÓN UNA INSCRIPCIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. resoluciones citadas en los «Vistos») que el auto recaído en expediente de dominio para reanudar el tracto

sucesivo interrumpido es un medio excepcional para lograr la inscripción de una finca ya inmatriculada a favor del promotor. Esta excepcionalidad justifica una comprobación minuciosa por parte del registrador del cumplimiento de los requisitos y exigencias legalmente prevenidas. Se impone por tanto una interpretación restrictiva de las normas relativas al expediente de reanudación del tracto y en especial de las que definen la propia hipótesis de interrupción de tracto.

En este sentido hay que recordar la doctrina de este Centro Directivo sobre inaplicación del expediente de dominio cuando no hay propiamente interrupción del tracto sucesivo. No puede decirse que exista efectiva interrupción del tracto cuando los promotores del expediente han adquirido su derecho directamente del titular registral o de sus herederos. Así lo confirma en la actualidad la regla primera del artículo 208 de la Ley Hipotecaria antes transcrito. No obstante también debe tenerse en cuenta la doctrina de la Dirección General que tiene en cuenta, a efectos de valorar la efectiva interrupción del tracto, la existencia de una extraordinaria dificultad para otorgar la documentación que subsanaría tal falta de tracto (Resoluciones de 19 de septiembre y 7 de diciembre de 2012, 24 de marzo de 2015 y 28 de abril de 2016), debiendo reflejarse por el notario autorizante en el propio acta aprobatoria del expediente, como justificación para la inscripción de la reanudación de tracto.

También ha reiterado este Centro Directivo desde la Resolución de 20 de diciembre de 2016, de los artículos 201 y 203 de la Ley Hipotecaria resulta que el registrador al tiempo de expedir la certificación debe manifestar las dudas de identidad que pudieran impedir la inscripción una vez terminado el procedimiento, ya que de este modo se evitan a los interesados dilaciones y trámites innecesarios (cfr. Resoluciones de 8 de junio de 2016 y 4 de diciembre de 2019). Y ello sin perjuicio de la calificación que procede efectuar una vez concluida la tramitación ante notario, a la vista de todo lo actuado. Por la misma razón, si en el momento de solicitud de la certificación consta al registrador algún obstáculo que pueda impedir la inscripción ulterior del expediente de dominio, podría y debería advertirlo para evitar seguir la tramitación de un expediente que finalmente no va a poder ser inscrito. En este sentido el registrador hace bien en advertir que a su juicio no se reúnen los requisitos para la tramitación del expediente, si bien eso no debe impedir la expedición de la certificación.

En el caso objeto de este expediente la registradora no plantea un problema sobre si existe o no verdadera interrupción del tracto sucesivo. El motivo que sustenta su negativa a expedir la certificación y practicar la anotación preventiva consiste en que lo que se pretende es una rectificación del Registro como consecuencia del acceso indebido de dos títulos. Por todo ello, en el presente caso, según se desprende de todo lo expuesto, antes de plantearse una eventual reanudación de tracto sucesivo, ya sea mediante la elevación a público del documento privado de compra, ya sea a través de un expediente de reanudación si es que se acredita la concurrencia de circunstancias extraordinarias que, conforme a la doctrina de este Centro Directivo, permitan acudir a este procedimiento aunque no haya verdadera interrupción del tracto, ha de procederse a la rectificación de los asientos registrales que, según lo manifestado por el recurrente, se han extendido indebidamente en los términos expuestos.

Resolución de 18-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 14.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: VIVIENDA HABITUAL DE LA FAMILIA.

Este Centro Directivo ha manifestado que el registrador solo puede rechazar la anotación del embargo en aplicación del artículo 144.5 del Registro Hipotecario cuando del Registro resultare que el bien embargado es la vivienda habitual de la familia del deudor y no se acredite que el cónyuge de este tiene conocimiento adecuado de ello. Mas si tal carácter no resultare del Registro, no compete al registrador la defensa de los intereses que pudieran estar menoscabados en el procedimiento seguido.

La constancia del carácter familiar de la vivienda debe ser clara y expresa, bien porque venga directamente determinada por la manifestación de su titular al tiempo de la adquisición o con posterioridad, bien por la realización de determinados actos que requieran el consentimiento del cónyuge no titular que ingresen en el registro dicho carácter (por ejemplo, la constitución de una hipoteca).

Resolución de 18-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: PROTECCIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO.

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.

El artículo 205 de la Ley Hipotecaria, directamente aplicable al supuesto de hecho objeto del presente expediente, se ocupa de insistir, en términos casi idénticos a los ya señalados en otros preceptos, que «si el Registrador tuviera dudas fundadas sobre la coincidencia total o parcial de la finca cuya inmatriculación se pretende con otra u otras de dominio público que no estén inmatriculadas pero que aparezcan recogidas en la información territorial asociada facilitada por las Administraciones públicas, notificará tal circunstancia a la entidad u órgano competente, acompañando la certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca que se pretende inmatricular con el fin de que, por dicha entidad, se remita el informe correspondiente, dentro del plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la recepción de la notificación». Y añade siguiendo la misma técnica del artículo 203 de la misma ley que «si la Administración manifestase su oposición a la inmatriculación o, no remitiendo su informe dentro de plazo, el registrador conservase dudas sobre la existencia de una posible invasión del dominio público, denegará la inmatriculación pretendida».

El hecho de la colindancia de la finca cuya inmatriculación se pretende con la vía pecuaria da fundamento suficiente a las dudas de la registradora sobre la posible invasión del dominio público, de donde se colige la corrección de su actuación al dar cumplimiento en tales circunstancias a la previsión legal contenida en el párrafo tercero del artículo 205 de la Ley Hipotecaria. Y lo cierto es que no solo dicha actuación fue correcta, sino que, además, las dudas de la registradora fueron confirmadas de forma expresa por la Administración competente mediante la emisión en plazo del informe recabado, a través de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, en los términos antes expuestos, y que concluye su examen técnico afirmando la indubitada invasión de la vía pecuaria y la correlativa imposibilidad, a su criterio, de proceder a la inmatriculación solicitada, esto es, manifestando su expresa oposición a la inscripción.

Resolución de 24-3-2021

BOE 29-4-2021

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 4.

HIPOTECA UNILATERAL: OBLIGACIONES SUSCEPTIBLES DE GARANTÍA. HIPOTECA: RECTIFICACIÓN DE LA ESCRITURA DE OTORGAMIENTO DEL PRÉSTAMO.

El préstamo ha sido tradicionalmente calificado como un contrato de naturaleza real, de modo que requiere la entrega de la cosa (del dinero) para que quede perfeccionado, surgiendo así únicamente obligaciones para una de las partes, el prestatario, quien se obliga devolver otro tanto de la misma especie y calidad. Sin embargo, la esencialidad del carácter real del contrato de préstamo ha sido discutida, admitiéndose primero por la doctrina y, posteriormente, por la jurisprudencia, la plena validez y virtualidad jurídica del contrato de préstamo configurado por las partes con carácter consensual, generando con ello obligaciones para ambas partes, prestamista, quien se obliga a entregar el dinero, y prestatario, que se obliga a su restitución en los términos establecidos en los artículos 1753 y siguientes del Código civil y, en el caso de préstamo mercantil, en los artículos 311 y siguientes del Código de Comercio (TS, en Sentencia número 417/2020, de 10 de julio). De esta forma, el contrato de préstamo bancario de dinero queda perfeccionado por lo general por la emisión del consentimiento por el prestamista y el prestatario o prestatarios, y la entrega posterior del dinero por el prestamista al prestatario es un acto de ejecución, no de perfección del contrato.

De la doctrina expuesta resulta que el defecto, tal y como está formulado, debe ser revocado, pues no hay inconveniente legal alguno para que la hipoteca unilateralmente constituida pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad, aun como hipoteca en garantía de una obligación sujeta a condición suspensiva y ello a pesar de no haber sido expresamente calificada como tal en la escritura.

La cuestión por tanto se centra en determinar si en el presente caso resulta suficientemente acreditada la entrega del dinero objeto del préstamo, pudiendo en consecuencia inscribirse la hipoteca como una hipoteca normal o de tráfico, o, por el contrario, de no resultar acreditada tal entrega, la hipoteca debe inscribirse como hipoteca en garantía de obligación sujeta a condición suspensiva, y por tanto, como hipoteca de seguridad. En la medida en que por medio de tales documentos resulta acreditada la entrega del dinero de un modo fehaciente, no

circunscrito a la mera afirmación de una de las partes (cfr. arts. 1256 CC, 143 LH y 238 RH), debe admitirse la posibilidad de inscribir la hipoteca en garantía de una obligación existente y perfectamente determinada, esto es, una hipoteca ordinaria o de tráfico.

En cuanto al segundo de los defectos, el mismo debe confirmarse. Si lo que se pretende, como parece resultar tanto del acta notarial como del escrito del recurso del notario, es que la hipoteca constituida unilateralmente por el deudor quede inscrita a favor de una sociedad («EWG Management Limited») distinta de la que consta en la escritura de constitución unilateral de hipoteca como acreedora hipotecaria («Navalion 2017, L.P.»), ni el acta de subsanación o rectificación, tal y como ha sido otorgada, es título apto para ello, ni la fundamentación invocada en la misma así como la expresada por el notario autorizante en su escrito de recurso resultan aplicables.

Así, es doctrina reiterada de esta Dirección General (*vid.* Resoluciones de 4 de noviembre de 2000, 19 de octubre de 2011, 5 de mayo de 2015, 13 de julio de 2017 y 31 de mayo de 2018), que la denominación que se atribuya a un determinado documento notarial no desvirtúa la verdadera naturaleza de este, que debe calificarse en atención a su contenido y no al nombre que se le haya dado. De este modo, una diligencia será un instrumento apto para rectificar una escritura pública en la medida en que en aquella se cumplan los requisitos impuestos para esta por la legislación notarial. Lo verdaderamente objetable es la falta de intervención del deudor hipotecario, titular registral de la finca hipotecada y único otorgante de la escritura cuya rectificación se pretende, cuyo consentimiento resulta inexcusable, máxime si se tiene en cuenta que la modificación pretendida afecta a un elemento esencial del derecho real de hipoteca, como es la determinación del acreedor hipotecario.

Sobre la base de lo anterior, no puede ser estimada la apreciación del notario respecto del «trust», figura desconocida y sin encaje en el ordenamiento jurídico español (en el que existen instituciones que cubren las funciones de dicha figura-negocio fiduciario, mandato, fundación, donaciones y legados sub modo, albaceazgo, sustituciones fideicomisarias, etc.), debiendo, en consecuencia, ser aplicadas las reglas generales impuestas por la legislación civil e hipotecaria (cfr. las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de junio de 2009 y 19 de febrero de 2020).

Resolución de 24-3-2021

BOE 29-4-2021

Registro de la Propiedad de Pedreguer.

OBRA NUEVA: IDENTIFICACIÓN DE LA PORCIÓN DE SUELO OCUPADA POR LA EDIFICACIÓN.

Una vez más se plantea ante este Centro Directivo la cuestión de la existencia de dudas acerca de si la edificación declarada se ubica efectivamente en la finca registral, extremo que ha sido tratado en reiteradas ocasiones por esta Dirección General (cfr. «Vistos»), cuya doctrina procede reiterar ahora.

Como es doctrina reiterada de este Centro Directivo, para inscribir cualquier edificación, nueva o antigua, cuya declaración documental y solicitud de inscripción se presente en el Registro de la Propiedad a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha de la plena entrada en vigor de la Ley 13/2015, será requisito, en

todo caso que la porción de suelo ocupada habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica. Para que, una vez precisada la concreta ubicación geográfica de la porción de suelo ocupada por la edificación, el registrador pueda tener la certeza de que esa porción de suelo se encuentra íntegramente comprendida dentro de la delimitación perimetral de la finca sobre la que se pretende inscribir, es posible que necesite, cuando albergue duda fundada a este respecto, que conste inscrita, previa o simultáneamente, y a través del procedimiento que corresponda, la delimitación geográfica y lista de coordenadas de la finca en que se ubique. Así, la circunstancia de ubicarse la edificación en los límites de la parcela o aún más, ocupando la totalidad de la misma, es relevante a la hora de determinar si la misma puede extralimitarse de la finca registral desde el punto de vista espacial o geométrico, como ya se puso de manifiesto por esta Dirección General en las Resoluciones de 6 y 28 de septiembre de 2016 o 4 de enero de 2019 (reiteradas en numerosas ocasiones, cfr. «Vistos»).

La calificación se limita a poner de manifiesto una mera falta de coincidencia de la finca registral con la situación catastral de las fincas. En la calificación no se manifiesta ninguna circunstancia adicional justificativa de tales dudas sobre la ubicación de la edificación como pudieran ser, por ejemplo, la valoración de dicha ubicación respecto de los linderos de la finca o la existencia de modificaciones de descriptivas que se hubieran manifestado en el título. Tales circunstancias no concurren en el expediente y, en todo caso, deberían justificarse en la nota de calificación.

Resolución de 25-3-2021

BOE 29-4-2021

Registro de la Propiedad de Fuengirola, número 1.

REQUISITOS FISCALES: ACREDITACIÓN. CONDICIÓN RESOLUTORIA: CANCELACIÓN.

Conforme a los artículos 254 y 255 de la Ley Hipotecaria, la falta de acreditación de la liquidación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados supone el cierre del Registro (salvo en lo relativo a la práctica del asiento de presentación) y la suspensión de la calificación del documento.

El registrador, al solo efecto de decidir la inscripción, puede apreciar por sí la no sujeción fiscal del acto inscribible, evitando una multiplicación injustificada de los trámites pertinentes para el adecuado desenvolvimiento de la actividad jurídica registral. Ahora bien, no concurriendo circunstancias de realización de especial tarea de cooperación con la Administración de Justicia (Resolución de 21 de diciembre de 1987) ni resultando supuestos de expresa e indubitada no sujeción al Impuesto (apartados 2 a 4 del artículo 104 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales) o de clara causa legal de exención fiscal, imponer al registrador la calificación de la sujeción o no al Impuesto de ciertos actos contenidos en el documento presentado a inscripción supondría obligarle a realizar inevitablemente declaraciones tributarias que (aunque sea con los limitados efectos de facilitar el acceso al Registro de la Propiedad) quedan fuera del ámbito de la competencia reconocida a este Centro Directivo, de modo que, aunque es posible que el registrador aprecie la no sujeción de determinado acto a las obligaciones fiscales, ha de tenerse en cuenta que si para salvar su responsabilidad exige la correspondiente nota de pago, exención, prescripción o

no sujeción, habrán de ser los órganos tributarios competentes —en este caso, municipales— los que podrán manifestarse al respecto al recibir la comunicación impuesta por ley.

La obligación de acreditación del pago, exención o no sujeción al impuesto conforme a lo anterior, no puede entenderse suplida por la mera constancia en la matriz, a solicitud del interesado o por constancia del notario de haberse producido el pago, sino que deberán acompañarse los documentos de la presentación y pago del impuesto expedidos por la Administración competente que son los únicos acreditativos del cumplimiento de la exigencia del pago del Impuesto correspondiente.

En el supuesto del presente recurso, resulta que al título inscribible, presentado en el Registro de la Propiedad de Fuengirola número 1, se acompañaron modelos 600 sellados por la entidad bancaria «Caixabank, S.A.» el día 16 de noviembre de 2020, sin diligencia de presentación en la Oficina correspondiente y testimonio del justificante emitido por «Caixabank, S.A.» en el que consta «Junta de Andalucía» y demás datos junto con el Código NRC. El NCR (Número de Referencia Completo) es el código generado por la entidad bancaria como justificante, para identificar un ingreso tributario, pero no es equivalente a la diligencia ya que esta, además de justificar la presentación, permite identificar el expediente, las cantidades satisfechas en la autoliquidación y obtener copia de la carta de pago relativa al documento presentado, es decir acredita que se han cumplido los requisitos para levantar el cierre registral. Pero señala la registradora que, al acceder a la plataforma para la obtención de la correspondiente diligencia certificada de presentación, introducidos los datos de la escritura, aparece que «no existen documentos asociados a los datos introducidos», según resulta de la utilidad que permite obtener la citada diligencia, modelo C10. Por lo tanto, no pudiéndose obtener la diligencia telemática que certifica la remisión de la copia simple, conforme a la legislación autonómica antes transcrita, podrá presentarse en formato papel siendo objeto de cotejo con el original a través del correspondiente CSV.

En cuanto al segundo de los defectos señalados, se hace necesario un análisis del pacto de la resolución, en lo que se refiere a la forma de acreditar la extinción de la condición resolutoria a los efectos de su cancelación. En la citada cláusula se recoge lo siguiente: «(...) se observarán y cumplirán las formalidades legales establecidas en los artículos 1504 del Código civil y 59 del Reglamento Hipotecario. La pertinente acta notarial y la obtención de primera ocupación se tendrá no más tarde del día treinta de septiembre de dos mil nueve. En este acto, la Sociedad vendedora faculta a la parte compradora para acreditar el pago de la suma aplazada y cancelar la condición resolutoria pactada mediante Acta Notarial a su instancia, en la que exhibirá al notario autorizante de dicha acta, documento bastante que acredite tales extremos (tal como documentación bancaria relativa a transferencia, cheque y/o certificado acreditativo de tal extremo realizado por representante legal de la parte vendedora)».

Del examen de la escritura resulta evidente que no nos encontramos ante la previsión de una cancelación automática, como podría ser la que se hubiera pactado introduciendo un plazo de caducidad de la condición, sino que, tal como se ha estipulado la condición resolutoria y su forma de cancelación, se hace necesario que en el documento cancelatorio se emita una declaración de voluntad reconociendo la realidad del completo pago y prestando el consentimiento a la cancelación de la garantía. En el caso de este expediente se pacta un sistema que requiere, a falta de un documento acreditativo bastante o certificación bancaria

relativa a la transferencia o cheque a favor del vendedor; de una futura prestación del consentimiento. Por tanto, en este supuesto en el que no consta tal acreditación, una vez realizado el pago será necesario que el vendedor preste de nuevo su consentimiento reconociendo el total y correcto pago, y consintiendo la cancelación.

Resolución de 25-3-2021

BOE 29-4-2021

Registro de la Propiedad de Valencia, número 17.

DISOLUCIÓN DE COMUNIDAD: BIEN EN SITUACIÓN DE COMUNIDAD POST-GANANCIAL Y HEREDITARIA.

Se trata de dilucidar en este expediente si, constando determinada finca registral inscrita con carácter ganancial, estando los cónyuges divorciados sin que se produjese la liquidación de gananciales y habiendo fallecido uno de ellos, es necesario que, para inscribir la adjudicación derivada de un procedimiento de ejecución que dimana de otro procedimiento ordinario de extinción de comunidad promovido por el excónyuge supérstite contra las hijas y herederas de ambos, previamente se proceda a la inscripción a favor de los condueños mediante presentación de la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación hereditaria, junto con el título sucesorio en cumplimiento del principio de tracto sucesivo consagrado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

Como ha afirmado con reiteración esta Dirección General (*vid.*, por todas, la Resolución de 10 de abril de 2017) es principio básico de nuestro Derecho hipotecario, íntimamente relacionado con los de salvaguardia judicial de los asientos registrales y el de legitimación, según los artículos 1, 38, 40 y 82 de la Ley Hipotecaria, el de tracto sucesivo, en virtud del cual, para inscribir un título en el Registro de la Propiedad se exige que esté previamente inscrito el derecho del transmitente (art. 20 LH). En consecuencia, estando las fincas transmitidas, inscritas en el Registro de la Propiedad y bajo la salvaguardia de los tribunales a favor de una persona distinta, no podrá accederse a la inscripción del título calificado sin consentimiento del titular registral, que resulte de los correspondientes títulos traslativos con causa adecuada (cfr. arts. 2 y 17 LH).

En situación de comunidad postganancial no corresponde a los cónyuges individualmente una cuota indivisa de todos y cada uno de los bienes que la integran y de la que pueda disponer separadamente, sino que por el contrario la participación de aquellos se predica globalmente respecto de la masa ganancial en cuanto patrimonio separado colectivo, en tanto que conjunto de bienes con su propio ámbito de responsabilidad y con un régimen específico de gestión, disposición y liquidación, que presupone la actuación conjunta de ambos cónyuges o de sus respectivos herederos y solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esa cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos le correspondan en esas operaciones liquidatorias. En consecuencia, con lo anterior, cualquier comunero es titular de la acción de división de los bienes comunes y ello con independencia de que se haya o no liquidado con carácter previo la sociedad de gananciales. El problema que se plantea además cuando se da la circunstancia, como en este supuesto, del fallecimiento de uno de los cónyuges, es si la partición hereditaria, sea de forma

voluntaria sea a través de la correspondiente acción, habría de ser un presupuesto necesario para la acción de división de la cosa común.

En este sentido la Sala Civil del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 25 de junio de 2008, ha señalado que es principio indiscutido que, no obstante el estado de comunidad peculiar que significa la comunidad hereditaria, no solo se permite a los coherederos la venta de los bienes con validez y eficacia antes de la partición si están todos de acuerdo (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1958, en una línea que se remonta al menos a la Sentencia de 4 de abril de 1905), sino que en supuestos en los que, como el que dio lugar a la Sentencia de 27 de diciembre de 1957, existe un único bien en la masa hereditaria, deben ser considerados condueños del mismo todos y cada uno de los herederos, aún antes de la partición.

En el supuesto de este expediente, no consta la existencia de más bienes que integren la disuelta sociedad de gananciales, con lo que la determinación de los derechos correspondientes a cada condueño es la correspondiente a sus derechos, siendo así que corresponderá al excónyuge el 50% de la finca y a las herederas el 50% por mitades partes indivisas ya que no concurre derecho hereditario en el cónyuge al estar divorciado, más exactamente, según consta en el certificado de defunción, separado legalmente, en el momento del fallecimiento de la esposa.

Por todo lo anterior debe concluirse que no es necesaria ni puede exigirse la previa partición hereditaria, ni por lo tanto la aportación de la escritura de partición, para proceder a la disolución de la comunidad postganancial, en consecuencia, procede estimar el defecto observado.

Resolución de 25-3-2021

BOE 29-4-2021

Registro de la Propiedad de La Unión, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: OBJETO Y ÁMBITO.

El respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar todos los extremos a los que alude el artículo 100 del Reglamento Hipotecario. Entre tales extremos se halla la calificación de la congruencia del mandato judicial con el procedimiento o juicio en que se hubiera dictado.

El Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 18 de febrero de 1985, declara que en el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria se hallan comprendidas tanto las demandas fundadas en una acción real como las que se apoyan en un título que se refiera directamente a las fincas o derechos inscritos e implique una verdadera e inmediata vocación a los mismos, permitiéndose no solo la anotación de los derechos reales, sino la facultad de anotar a los que fundan sus reclamaciones en acciones personales con trascendencia en el Registro.

En este contexto ya la Resolución de este Centro Directivo de 4 de abril de 2000 se pronunció en contra de la posibilidad de anotación preventiva de la demanda interpuesta contra el titular de un elemento privativo de un edificio en

régimen de propiedad horizontal, cuando se limitan a solicitar la reposición a su estado originario de determinados elementos comunes o la impugnación de obras realizadas sin autorización de la comunidad de propietarios cuya realización no ha tenido reflejo registral. Por supuesto tampoco sería anotable cuando se trate de demandas de condena a una determinada indemnización, salvo —no es el caso que nos ocupa— que se pretenda hacer valer la afección real legal del elemento independiente a los gastos de comunidad (*ex. art. 9.1.e*) de la Ley sobre propiedad horizontal).

Sin embargo, no cabe desconocer que tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha abierto la posibilidad de practicar anotaciones registrales también en los casos en que la publicidad registral sea útil para el buen fin de la ejecución (*cfr. art. 727.6* de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Como señala el Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de mayo de 2020, dictado en un caso similar al presente, «en este caso se aprecia la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida solicitada. Se trata de anotar en el Registro de la Propiedad la demanda en la que la comunidad de propietarios ejercitó contra los demandados, una acción de condena a demoler parcialmente una obra realizada» sin consentimiento de aquella.

En definitiva, al no tratarse de una mera reclamación de cantidad, sino de una acción dirigida a la demolición de obras al estado original por infracción de la normativa sobre propiedad horizontal, y al haber sido dictada según el juzgador para garantizar la ejecución de la reposición de las obras, cualquiera que sea el adquirente de la finca, este Centro Directivo entiende que se dan las circunstancias necesarias para la práctica de la anotación preventiva solicitada.

Resolución de 30-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro de la Propiedad de Adra.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: CANCELACIÓN DE LAS PRORROGADAS ANTES DE LA LEC.

Para llevar a cabo las cancelaciones a que alude el artículo 210.1 de la Ley Hipotecaria en su regla octava es precisa una expresa solicitud cancelatoria. En esto debe confirmarse la nota de calificación.

Con la interpretación sentada por la Instrucción de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2000 reiterada en numerosas ocasiones (*cfr. Resoluciones citadas en los «Vistos» de la presente*) quedó claro que, para las anotaciones preventivas prorrogadas antes de la entrada en vigor de la Ley 1/2000, no era necesario ordenar nuevas prórrogas, según el párrafo segundo del artículo 199 del Reglamento Hipotecario, por lo que no cabe su cancelación por caducidad.

Como afirmó la Resolución de este Centro Directivo de 22 de noviembre de 2019, el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria es aplicable a las anotaciones de embargo. Al tratarse el embargo de una traba de bienes para garantizar el pago de una obligación y tener eficacia real a través de la anotación de embargo, le resulta de aplicación este precepto. Sentadas tales premisas, de las que se concluye que la anotación de embargo no es un derecho real en sentido propio, pero sí tiene una indudable eficacia real, resulta que encaja sin dificultad en la expresión «cualesquiera otras formas de garantía con efectos reales» que utiliza la regla octava del artículo 210 de la Ley Hipotecaria.

Sin embargo, en el presente caso, no habiendo transcurrido el plazo previsto en el citado precepto contado —como dice la ley— desde el último asiento practicado en relación con el procedimiento en el que se reclama la deuda (en este caso, la nota marginal de expedición de certificación de cargas), no procede la cancelación *ex* artículo 210 de la Ley Hipotecaria, como ya señalara la Resolución de 15 de junio de 2020.

Resolución de 13-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Palma de Mallorca, número 3.

PROCEDIMIENTO REGISTRAL: PRESENTACIÓN DE UN TÍTULO ESTANDO PENDIENTE LA RESOLUCIÓN DE UN RECURSO GUBERNATIVO.

Se plantea en este recurso si puede procederse al despacho de un documento cuando está pendiente de resolución un recurso interpuesto en relación al mismo documento. En el caso que nos ocupa concurre la peculiaridad de que el título fue despachado e inscrito, sin que se emitiera calificación negativa alguna, de modo que en este caso sí puede entenderse correcto el proceder del registrador al extender un nuevo asiento de presentación.

Despachado e inscrito el título y estando pendiente de resolución un recurso en el que se plantea por el recurrente el modo en el que se practica la inscripción, ninguna operación puede hacer el registrador en tanto no se resuelva el recurso interpuesto, en el que se debate precisamente lo solicitado por el presentante, ya que de las resultas de la misma se determinará si procede practicar la inscripción en el modo solicitado, incluyendo la mención.

Resolución de 13-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

PRENDA DE DERECHOS: NO ES INSCRIBIBLE EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

El Tribunal Supremo se ha referido a la prenda de derechos como «el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda» (cfr., las Sentencias número 875/2002, 26 de septiembre, y 44/2009, 3 de febrero).

Indudablemente, es imprescindible que los derechos objeto de la prenda tengan la consideración de muebles, estén en el comercio de los hombres y sean susceptibles de posesión, por exigencia del artículo 1864 del Código civil. Por ello, es innegable que la prenda de derechos no puede tener acceso al Registro de la Propiedad, al carecer de trascendencia real respecto de bienes inmuebles o derechos reales sobre inmuebles (arts. 2 LH y 7 RH).

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta también que el objeto de la garantía constituida en el presente caso es un derecho en abstracto al conjunto de bienes que integran la herencia y no un derecho en concreto sobre bienes determinados, en tanto no se lleve a efecto la partición, por lo que si bien es posible anotar por deudas del heredero bienes inscritos a favor del causante, en cuanto a los derechos que puedan corresponder al heredero sobre la total masa hereditaria de la que forma parte tal bien (art. 166.1.^a RH, en relación con los arts. 1067 CC y 42.6.º y 46 LH), ni siquiera sería posible la inscripción de un pretendido derecho real de garantía —hipotecaria— sobre los derechos que al deudor pudieran corresponder sobre bienes concretos y determinados hasta realizar la partición de la herencia, por cuanto solamente cuando concluyan las operaciones liquidatorias, esta cuota sobre el todo cederá su lugar a las titularidades singulares y concretas que a cada uno de ellos se le adjudiquen en tales operaciones.

Resolución de 13-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Molina de Segura, número 2.

SOCIEDADES MERCANTILES: CONSTANCIA REGISTRAL DEL CARÁCTER DE ACTIVOS ESENCIAL DE UNA FINCA.

La norma del artículo 160.f), que atribuye a la junta general competencia para deliberar y acordar sobre «la adquisición, la enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales», fue incorporada a la Ley de Sociedades de Capital mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo. El hecho de que la norma se refiera a un concepto jurídico indeterminado —«activos esenciales»— comporta evidentes problemas de interpretación. Pero, sin duda, son las consecuencias que haya de tener la omisión de la aprobación de la junta general lo que debe tomarse en consideración para determinar, en el ámbito de la seguridad jurídica preventiva, la forma de actuar del notario y del registrador.

Aun cuando no se puede afirmar que constituyan actos de gestión propia de los administradores la adquisición, enajenación o la aportación a otra sociedad de activos esenciales, debe tenerse en cuenta que el carácter esencial de tales activos escapa de la apreciación del notario o del registrador, salvo casos notorios —y aparte el juego de la presunción legal si el importe de la operación supera el 25% del valor de los activos que figuren en el último balance aprobado—.

Solo cuando según los medios que puede tener en cuenta al calificar el título presentado pueda apreciar el carácter esencial de los activos objeto del negocio documentado podrá controlar que la regla competencial haya sido respetada, sin que pueda exigir al representante de la sociedad manifestación alguna sobre tal extremo, pues en ninguna norma se impone dicha manifestación, a diferencia de lo que acontece en otros supuestos en los que se exige determinada manifestación del otorgante y la falta del requisito establecido constituye impedimento legal para la práctica del asiento.

El legislador, al introducir la referida norma del artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital, no ha articulado tal medida de protección registral, a diferencia de lo que sucede con otros supuestos a los que se refiere el propio recurrente, como es la protección que se deriva de la constancia del carácter de vivienda habitual de la finca hipotecada —cfr. artículos 21.3, 114, párrafo tercero,

y 129.2.b) de la Ley Hipotecaria—. Y es que, por una parte, no puede desconocerse el carácter cambiante que puede tener en la práctica el carácter de activo esencial societario de la finca de que se trate ni la dificultad a la hora de determinar tal carácter, y por otra, como resulta de las consideraciones expuestas en el anterior fundamento de Derecho, los terceros de buena fe no quedan desprotegidos aun en caso de omisión de la aprobación de la junta general cuando se trate de los actos indicados en el citado artículo 160.f) de la Ley de Sociedades de Capital.

Resolución de 14-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Chinchón.

PARCELACIÓN URBANÍSTICA: ACTOS EQUIPARADOS.

Una parcelación urbanística es un proceso dinámico que se manifiesta mediante hechos externos y objetivos fácilmente constatables. De modo que la simple transmisión de una cuota indivisa de propiedad, sin que en el título traslativo se consigne derecho alguno de uso exclusivo actual o futuro sobre parte determinada de la finca, constituiría, en principio, un acto neutro desde el punto de vista urbanístico y amparado por un principio general de libertad de contratación; solo si hechos posteriores pudieran poner de relieve la existencia de una parcelación física cabría enjuiciar negativamente la utilización abusiva o torticera de aquella libertad contractual.

En el ámbito de la normativa básica estatal, el artículo 26 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, anterior artículo 17 del texto refundido de la Ley de suelo, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, que no hace sino reproducir lo establecido en el artículo 17 de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, plasma una concepción amplia y finalista de la parcelación urbanística —cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013—, al aludir, junto a la división o segregación de una finca, a los supuestos de «enajenación, sin división ni segregación, de participaciones indivisas a las que se atribuya el derecho de utilización exclusiva de porción o porciones concretas de la finca, así como a la constitución de asociaciones o sociedades en las que la cualidad de socio incorpore dicho derecho de utilización exclusiva».

También ha señalado que la ausencia de asignación formal y expresa de uso individualizado de una parte del inmueble no es por sí sola suficiente para excluir la formación de nuevos asentamientos y, por tanto, la calificación de parcelación urbanística. Ni siquiera excluye esta posibilidad la manifestación contraria al hecho o voluntad de que se produzca aquella asignación, pues el elemento decisorio es la posible aparición de tales asentamientos, como cuestión de hecho, con independencia de que el amparo formal y legal de la titularidad individual esté más o menos garantizado, se realice en documento público o privado o se haga de forma expresa o incluso tácita.

Determinados por la legislación sustantiva aplicable qué actos están sometidos a licencia u otro título administrativo habilitante y qué actos pueden estimarse reveladores de una posible parcelación urbanística ilegal, es la normativa hipotecaria, integrada en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, que complementa al Reglamento Hipotecario, la que resulta de aplicación para determinar la forma y efectos de la acreditación de esos títulos administrativos a los efectos

del procedimiento registral. De manera que la exigencia de licencia, declaración de innecesariedad u otro tipo de título administrativo habilitante, para inscribir las operaciones a que se refieren los artículos 53 y 78 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, no puede considerarse absoluta o genérica, pues dependerá de la normativa sustantiva a que esté sujeto el concreto acto jurídico. En el caso de la mera transmisión de una finca a dos compradores por mitad y proindiviso (mediante una compraventa simultánea y no sucesiva), o de una cuota indivisa ya inscrita en el Registro, amparada por tanto por la legitimación registral, no debe justificarse, como regla general, la exigencia de intervención administrativa alguna.

Basándonos en la doctrina mantenida en las resoluciones citadas puede concluirse que en el presente supuesto deberían concurrir elementos indiciarios adicionales debidamente justificados en la calificación para que puedan desvirtuarse los efectos de la legitimación registral y el principio general de libertad de tráfico por acreditar suficientemente que se trata de iniciar una parcelación de tipo urbanístico prohibida por la legislación aplicable que, por su naturaleza, presenta un marcado carácter fáctico o de hecho. Es decir, la mera venta del pleno dominio de una finca rústica a diversos compradores en proindiviso no es presupuesto suficiente para requerir una intervención administrativa no prevista por la legislación aplicable, siendo necesario justificar motivadamente en la nota de calificación los elementos adicionales concurrentes, no basados en dudas o sospechas, que fundamenten la activación del procedimiento regulado en el artículo 79 del Real Decreto 1093/1997 por la posible existencia de una parcelación urbanística ilegal. Por lo que el defecto tal y como ha sido formulado no puede ser mantenido.

Resolución de 14-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 2.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE BIENES EXGANANCIALES POR DEUDAS FISCALES.

Con carácter previo, es preciso recordar que el recurso contra la calificación registral tiene exclusivamente por objeto revisar las calificaciones negativas emitidas por los registradores de la propiedad y que, conforme al artículo 326 de la Ley Hipotecaria, deberá recaer exclusivamente sobre las cuestiones que se relacionen directa e inmediatamente con la calificación del registrador, rechazándose, 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, ya que el recurso tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo únicamente en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

Tal y como ha reiterado este Centro Directivo, para que se proceda a la práctica de una anotación preventiva de embargo sobre bienes inscritos a nombre del cónyuge no deudor, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges. Este pronunciamiento es la base para que la posibilidad prevista en el artículo 144.4 del Reglamento Hipotecario se refleje registralmente y, por consiguiente, requiere que este pronunciamiento sea definitivo e irrevocable y

no meramente temporal o transitorio pues, no existiendo en nuestro Código civil una presunción de ganancialidad de las deudas contraídas durante la vigencia de la sociedad de gananciales (cfr. arts. 1362 y 1365 CC), ninguna deuda contraída por un solo cónyuge puede ser reputada ganancial y tratada jurídicamente como tal mientras no recaiga la pertinente declaración judicial en juicio declarativo entablado contra ambos cónyuges, pues a ambos corresponde, conjuntamente, la gestión de la sociedad de gananciales (cfr. art. 1375 CC).

No obstante lo anterior, en el caso de deudas tributarias la modificación del régimen económico-matrimonial de los cónyuges a través de unas capitulaciones matrimoniales que se consideren otorgadas en fraude de acreedores, constituye uno de los presupuestos de hecho de la responsabilidad del artículo 42.2.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria, de manera que la Hacienda Pública podrá resarcir el crédito tributario ejercitando su potestad de autotutela a través de la declaración de la responsabilidad solidaria del cónyuge causante o colaborador en la ocultación o transmisión de los bienes originariamente gananciales que le fueron adjudicados a través de la disolución de la sociedad ganancial con la finalidad de impedir la traba de los mismos. En este supuesto, no será necesario acudir a un procedimiento judicial para declarar la ganancialidad de las deudas y la responsabilidad de los bienes exgananciales. Ahora bien, para declarar la responsabilidad será necesario, además de que se reúnan los requisitos legales para su aplicación, una resolución firme para cuya obtención deberán observarse los trámites contenidos en los artículos 174 y siguientes de la Ley General Tributaria que garantizan la intervención del afectado. Respecto de la norma foral aplicable a este supuesto, la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa, contempla una regulación similar.

En el supuesto de este expediente, de la documentación presentada en tiempo y forma a la que debe ceñirse el recurso como se ha dicho anteriormente, no resulta ni la existencia de una declaración judicial de la ganancialidad de las deudas ni que se haya declarado la responsabilidad derivada respecto del cónyuge adjudicatario de los bienes. En consecuencia, en tanto no resultan acreditados dichos extremos, el defecto debe ser confirmado.

Resolución de 15-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Mijas, número 1.

DERECHO DE OPCIÓN: REQUISITOS PARA EL EJERCICIO UNILATERAL.

Como ya señaló la Resolución de 20 de mayo de 2005 y reiteró la de 14 de mayo de 2019, la jurisprudencia, la doctrina científica y la de este Centro Directivo han admitido la inscribibilidad y eficacia del pacto de ejercicio unilateral de la opción sin necesidad de la intervención del concedente del derecho; ahora bien: tal innecesariedad de su consentimiento ha de tener su base en el exacto cumplimiento de los requisitos inscritos para la inscripción a favor del optante; y en el presente caso, lo que deriva de los términos en que se inscribió el derecho es que, el ejercicio de la opción de compra de forma unilateral será «mediante el ejercicio y comparecencia unilateral de la parte optante/compradora para el caso que la parte concedente/vendedora no atendiere a la notificación referida en el plazo de una semana o no compareciere ante el notario designado (...) debiendo acompañarse a la correspondiente escritura acta de notificación o

requerimiento y debiéndose cumplir en este segundo caso todos los requisitos, establecidos al respecto del ejercicio unilateral de la opción de compra, por la legislación aplicable y la Dirección General de los Registros y del Notariado. El otorgamiento de la escritura de compraventa en ejercicio de esta opción de compra se notificará notarialmente al concedente de la opción en su expresado domicilio».

A efectos de notificación, se debe considerar suficiente el acta notarial acreditativa del envío por correo certificado con aviso de recibo del documento, siempre que la remisión se haya efectuado al domicilio designado por las partes, según el Registro, y resulte del acuse de recibo que el envío ha sido debidamente entregado en dicho domicilio (cfr. Resolución de 21 de noviembre de 1992). En el ámbito del Reglamento Notarial existe otra forma más ajustada: el principio constitucional de tutela efectiva y la doctrina jurisprudencial que asegura, en el mayor grado posible, la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales (véase, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 158/2007, de 2 de julio); y que esa vía es el procedimiento previsto en el artículo 202 del Reglamento Notarial, de manera que habiendo resultado infructuoso el envío postal, el Notario debe procurar realizar la notificación presencialmente, en los términos previstos en dicho artículo. De acuerdo con lo expuesto, y siguiendo el criterio de las Resoluciones de este Centro Directivo de 16 de diciembre de 2013, 3 de agosto de 2017 y 14 de mayo de 2019, debe entenderse que resultando infructuosa la notificación por correo certificado, debe verificarse una notificación personal del notario.

En cuanto a la utilización del burofax, si bien este procedimiento se encuentra admitido en determinados ámbitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ha sido admitido alguna vez por esta Dirección General como suficiente, cuando legalmente no se exige una forma determinada de notificación, por cuanto permite dejar constancia fehaciente de la entrega de la misma (Resolución de 18 de febrero de 2013, para la citación a los acreedores en las herencias aceptadas a beneficio de inventario), no siempre que exista una falta de determinación legal de la forma de practicar las notificaciones y requerimientos a efectos registrales debe seguirse esta regla, sino que, a falta de pacto, habrá de atenderse a la transcendencia de los efectos que la misma provoca y a los criterios legales existentes para supuestos semejantes.

Resolución de 15-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Santa Lucía de Tirajana.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: CERTIFICACIÓN CATASTRAL. AGUAS: FORMAS DE INSCRIPCIÓN.

Es doctrina reiterada de este Centro Directivo que la legislación aplicable (tanto con anterioridad o posterioridad a la reforma operada por la Ley de 24 de junio de 2015, de modificación de la legislación hipotecaria y del Catastro) impone la aportación de una certificación catastral descriptiva y gráfica en términos totalmente coincidentes con la descripción que se halla contenida en título inmatriculador cuando se trata de inmatricular una finca por la vía del doble

título público traslativo. En este sentido se pronuncia el artículo 205 del citado cuerpo legal.

La legislación hipotecaria relativa a las aguas, al tomar en consideración la coexistencia de aguas públicas y privadas, ha regulado tanto la inscripción de las concesiones administrativas de las primeras, de las que deriva un derecho de aprovechamiento que es lo que en realidad se inscribe, como la inscripción de la propiedad privada del agua, contemplada en el doble aspecto de un bien inmueble en sí misma (art. 334.8.º CC) y de un bien vinculado a otros inmuebles, normalmente fincas rústicas. Todo esto ha dado lugar a varias posibilidades de reflejar en el Registro los derechos privados sobre el agua: a) agua inscrita como finca independiente, en propiedad; b) agua inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca de que forme parte o en la que esté situada; c) derecho a beneficiarse (cualidad del predio dominante) de aguas de propiedad ajena, situadas en otra finca o inscritas ellas mismas como finca independiente (predios sirvientes en ambos casos); d) agua inscrita en propiedad en favor de una comunidad especial considerada como entidad con personalidad propia; e) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad como finca independiente, y f) cuota de agua en una comunidad especial, inscrita en propiedad, pero no como finca independiente sino como cualidad de la finca a que se destina (que debe pertenecer al titular de la cuota).

Resolución de 15-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 22.

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.

Por lo que se refiere a la calificación objeto de este recurso, 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. Solo en aquellos casos en los que el propio presentante manifieste que su objetivo no es la práctica de un asiento en los libros del Registro, o en los que de una forma evidente resulte que el título nunca podría provocar dicho asiento, cabría denegar la presentación. Es indudable que en el presente expediente nos encontramos ante una instancia privada que no puede provocar asiento registral alguno, por lo que debe confirmarse la decisión del registrador. A la misma conclusión se llega por aplicación de la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual en aras de la independencia del registrador a la hora de emitir la calificación, es improcedente que se tomen en cuenta meros escritos que denuncien situaciones anormales de posibles títulos inscribibles.

Resolución de 19-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Marbella, número 4.

BIENES PRIVATIVOS POR CONFESIÓN: MANIFESTACIÓN SOBRE LA SUPERVIVENCIA DEL CONFESANTE.

La confesión de privatividad se configura como un negocio de fijación de la verdadera naturaleza del bien, cuando existe incertidumbre sobre su pertenencia a una u otra masa patrimonial. En resumen, respecto de los cónyuges, la confesión de privatividad se configura como un medio de prueba especialmente hábil para acreditar que la adquisición del bien se realizó por el patrimonio privativo de cónyuge del confesante. En definitiva, destruye el juego de las presunciones de los artículos 1361 y 1441 del Código civil, creando otra presunción de privatividad que puede ser destruida, a su vez por una prueba fehaciente y suficiente de la ganancialidad o privatividad del cónyuge confesante (...) una vez disuelto el matrimonio tendrá los efectos propios que le otorga la Ley de Enjuiciamiento Civil, un efecto limitado ya que dispone que tendrá eficacia probatoria si no lo contradice el resultado de las demás pruebas. Por tanto, el fallecimiento del confesante tiene como consecuencia que la confesión no vincula a los legitimarios, salvo que estos la corroboren. En otro caso, los legitimarios solo se verán afectados si además son herederos y solo en la parte de herencia que excediera del importe de su legítima, si bien no bastaría con invocar su condición de herederos forzosos para impugnar el carácter privativo que su padre y causante atribuyó a los bienes adquiridos por su consorte, sino que tendrían que acreditar que con tal confesión se perjudican sus derechos legitimarios. Para ello, sería necesario practicar la partición hereditaria, con las correspondientes computaciones e imputaciones, al objeto de determinar si la confesión realizada, perjudica efectivamente la legítima, debiéndose recordar que la reducción de una donación inoficiosa no es un efecto producido «*ope legis*» sino que se produce a petición de quien resulte legitimado por su cualidad de heredero forzoso y por el concurso del dato de hecho de la comprobada inoficiosidad de la disposición.

No puede compartirse la afirmación del recurrente al sostener que si el ex-cónyuge confesante hubiera fallecido, el divorciado sería viudo y, por tanto, la expresión sobre el estado de divorciada en la escritura implica que el excónyuge está vivo. Al haberse disuelto el vínculo matrimonial por el divorcio, no puede afirmarse que, si excónyuge ha fallecido, el estado civil del supérstite es viudo, sino que sigue siendo divorciado. A la vista de las normas precedentes, y mediante una interpretación teleológica de las mismas, debe concluirse que, dada la relevancia que respecto del acto dispositivo formalizado en la escritura calificada tiene el hecho de que viva o no el excónyuge de la otorgante divorciada, el notario autorizante debe recoger en tal instrumento público la manifestación de aquella sobre tal extremo. De este modo, quedan suficientemente cubiertas, fuera del proceso, las necesidades del tráfico jurídico.

Resolución de 19-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Madrid, número 29.

USUFRUCTO: EXTINCIÓN.

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. Por ello, debe rechazarse cualquier otra pretensión basada en otros motivos o en documentos no presentados en tiempo y forma, sin que pueda el recurrente en el escrito de recurso introducir nuevos elementos que no se han hecho constar en el título presentado.

Es indiscutible que, según el artículo 513.1.º del Código civil, por fallecimiento de la usufructuaria se extingue el usufructo, a menos que el título constitutivo autorice su transmisión a ulteriores personas (cfr., por todas, las Resoluciones de este Centro Directivo de 8 y 9 de agosto, 3 y 23 de septiembre y 8 de noviembre de 2019). Por ello, acreditado en el presente caso el óbito de la usufructuaria procede hacer constar la extinción de derecho de usufructo y la correlativa consolidación del pleno dominio en los nudo propietarios, todo ello sin perjuicio de que si se acreditase el cumplimiento de la condición resolutoria a que se sujetó la adquisición de la nuda propiedad, se produjera, «*ipso iure*», la resolución contractual y que dicha circunstancia sea oponible a terceros (cfr. arts. 23, 34 y 37 LH).

Resolución de 19-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Santiago de Compostela, número 2.

HIPOTECA: CANCELACIÓN POR CADUCIDAD.

Según la doctrina reiterada de esta Dirección General, nada se opone a que la hipoteca, como los demás derechos reales, pueda ser constituida por un plazo determinado (*vid.* arts. 513.2.º, 529, 546.4.º y 1843.3.º 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.

Si estuviéramos ante la caducidad convencional del mismo derecho de hipoteca, resultaría aplicable la norma del párrafo segundo del artículo 82 de la Ley Hipotecaria, que posibilita la cancelación de la hipoteca cuando la extinción del derecho inscrito resulte del título en cuya virtud se practicó la inscripción. En otro caso debería esperarse al transcurso del plazo de prescripción de la acción hipotecaria, por aplicación de la norma del párrafo quinto del artículo 82 de la Ley Hipotecaria.

Por ello, la naturaleza de la hipoteca tiene gran importancia práctica ya que 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, y 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).

Resolución de 19-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Martos.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE DEMANDA: ACCIÓN SUBROGATORIA.

Respecto de las anotaciones de demanda, el criterio del «*numerus clausus*», es decir, que no pueden practicarse otras anotaciones preventivas que las que prevé expresamente la ley (art. 42.10.º LH), constituye uno de los principios tradicionales en materia de anotaciones preventivas, y, aunque con importantes matizaciones, ha sido sostenido por este Centro Directivo.

La doctrina de este Centro Directivo, recogida en las resoluciones relacionadas en los «Vistos», ha ido perfilando el ámbito de la anotación preventiva de demanda, hasta llegar a concluir que el número primero del artículo 42 de la Ley Hipotecaria da cobertura, no solo a las demandas en que se ejercita una acción real, sino también a aquellas otras en que se hace valer una pretensión puramente personal siempre que pueda conducir a una mutación jurídico-real inmobiliaria. Lo determinante es que la demanda ejercite una acción atinente a la propiedad o a un derecho real sobre el mismo inmueble, de suerte que la estimación de la pretensión del demandante propiciara directamente una alteración registral.

En el caso de que la acción subrogatoria prospere, produce el efecto de incrementar el patrimonio del deudor; toda vez que fue interpuesta precisamente por la inactividad de este, con la finalidad de que pudiera ser satisfecho el crédito; pero producido dicho efecto, el acreedor deberá exigir al deudor que le abone lo debido, es decir, el cumplimiento de la obligación, y será protegido porque con el ejercicio de tal acción ha incrementado los bienes del deudor; pero, como se ha dicho, no tiene preferencia alguna en la satisfacción de su crédito. La acción subrogatoria aun cuando prospere y conforme se ha expuesto, no produce en este momento ninguna alteración registral, ni puede alegarse que advierte a terceros de un futuro embargo, pues la amenaza de un embargo futuro no puede reflejarse en el Registro ni, por sí sola, perjudicaría los derechos de un tercer adquirente.

Resolución de 20-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Oropesa del Mar, número 1.

URBANISMO: SENTENCIA QUE ANULA PARCIALMENTE UN PROYECTO DE REPARCELACIÓN.

Resulta indiferente que en la documentación judicial presentada al Registro se utilice una terminología que en términos estrictamente hipotecarios pueda ser confusa o carente de rigor y precisión siempre que quede claro cuál es el contenido de transcendencia real de la correspondiente resolución judicial, de forma que «la orden del juez ordenando la constancia registral de una determinada situación jurídico-real ha de entenderse de acuerdo con el contenido registral que se ordena, siendo indiferente que se utilice una terminología, que en términos estrictamente hipotecarios pueda ser confusa». Ahora bien, esta doctrina general cede en el caso concreto de las sentencias

judiciales de anulación de instrumentos de ordenación urbanística, de ejecución, o de actos administrativos de intervención a que se refiere el artículo 65.1 de la Ley de Suelo, cuyo precepto debe ser interpretado conjuntamente con la norma contenida en el artículo 71 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio. En tal sentido el citado precepto reglamentario señala en su apartado 1 que la correspondiente sentencia firme «será título bastante para practicar los asientos dispuestos en ella», añadiendo su apartado 2 que en cuanto a la cancelación de los asientos originados por los títulos inscritos y anulados se resolverá lo que proceda «en trámite de ejecución de sentencia, previa citación de los titulares afectados por la posible cancelación». Por ello, en este ámbito cuando de la propia sentencia no resulta la precisión de los asientos que ha de extender el registrador, es necesario complementar la sentencia en trámite de ejecución.

Como ha afirmado de forma reiterada esta Dirección General (*cfr.* «Vistos»), el respeto a la función jurisdiccional, que corresponde en exclusiva a los jueces y tribunales, impone a todas las autoridades y funcionarios públicos, incluidos por ende los registradores de la propiedad, la obligación de cumplir las resoluciones judiciales. Pero no es menos cierto que el registrador tiene, sobre tales resoluciones, la obligación de calificar determinados extremos, entre los cuales no está el fondo de la resolución, pero sí el de examinar si en el procedimiento han sido emplazados aquellos a quienes el Registro concede algún derecho que podría ser afectado por la sentencia, con objeto de evitar su indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución española y su corolario registral del artículo 20 de la Ley Hipotecaria.

En el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo el artículo 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa considera como parte demandada a «las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante». Para facilitar que los interesados puedan personarse en el procedimiento el artículo 49.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, obliga a la Administración demandada a notificar el acuerdo de remisión del expediente al tribunal a cuantos aparezcan como interesados en él.

Tratándose de resoluciones que pueda afectar a fincas inscritas en el Registro de la Propiedad y conociéndose ya en el momento de iniciación del procedimiento cuáles son estas, no existe ninguna dificultad para que quienes figuraban como titulares registrales en el momento de interposición de la demanda fueran emplazados en el procedimiento en una fase inicial para que pudieran personarse como parte demandada. Sin embargo, respecto de los titulares futuros la anotación de demanda es el mecanismo adecuado de publicidad con arreglo al artículo 65.1.f) del texto refundido de la Ley de Suelo, sin que esta anotación preventiva se tomase diligentemente en su momento en el supuesto de hecho planteado en el presente expediente. En defecto de consentimiento expreso y auténtico de los actuales titulares registrales (*cfr.* art. 82 LH), debe exigirse que sea el órgano jurisdiccional quien deba apreciar en cada caso concreto si los titulares registrales afectados por el pronunciamiento judicial han tenido ocasión de intervenir en el proceso, si la sentencia les vincula, y si concurren o no circunstancias que deban ser dignos de protección, como expresamente ha reconocido la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su Sentencia citada de 16 de abril de 2013.

Resolución de 20-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Santander, número 5.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: PROCEDIMIENTOS Y REQUISITOS.

Cabe enunciar los medios hábiles para obtener la inscripción registral de rectificaciones descriptivas y sistematizarlos en tres grandes grupos: —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». —Los que solo persiguen y solo permiten inscribir una rectificación de la superficie contenida en la descripción literaria, pero sin simultánea inscripción de la representación gráfica de la finca, como ocurre con los supuestos regulados en el artículo 201.3, letra a) y letra b), de la Ley Hipotecaria, que están limitados, cuantitativamente, a rectificaciones de superficie que no excedan del 10% o del 5%, respectivamente, de la cabida inscrita, y que no están dotados de ninguna tramitación previa con posible intervención de colindantes y terceros, sino solo de notificación registral tras la inscripción «a los titulares registrales de las fincas colindantes». Este concreto supuesto está regulado, con carácter general, en el artículo 9, letra b), de la Ley Hipotecaria. —Y, finalmente, los que persiguen y potencialmente permiten inscribir rectificaciones descriptivas de cualquier naturaleza (tanto de superficie como linderos, incluso linderos fijos), de cualquier magnitud (tanto diferencias inferiores como superiores al 10% de la superficie previamente inscrita) y además obtener la inscripción de la representación geográfica de la finca y la lista de coordenadas de sus vértices. Así ocurre con el procedimiento regulado en el artículo 199 y con el regulado en el artículo 201.1, que a su vez remite al artículo 203, de la Ley Hipotecaria.

De lo anterior se desprende que no es posible inscribir un exceso de cabida superior al 10% de la superficie inscrita sin tramitar el expediente regulado en el artículo 201.1 de la Ley Hipotecaria y sin tampoco solicitar y tramitar el procedimiento regulado en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, pues las excepciones contenidas en el artículo 201.3 de la Ley Hipotecaria para inscribir la rectificación de superficie de fincas inscritas se refieren en todo caso a supuestos en que las diferencias de cabida no exceden del 10% de la cabida inscrita.

En cualquier caso, tras la reforma operada por la Ley 13/2015 también es indiscutible que para proceder a cualquier rectificación de la descripción es preciso que no existan dudas sobre la realidad de la modificación solicitada, fundadas en la previa comprobación, con exactitud, de la cabida inscrita, en la reiteración de rectificaciones sobre la misma o en el hecho de proceder la finca de actos de modificación de entidades hipotecarias, como la segregación, la división o la agregación, en los que se haya determinado con exactitud su superficie (cfr. último párrafo del art. 201.3 LH). 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. En el supuesto de este expediente, al contrario de lo que afirma el recurrente las dudas que expresa la registradora, no carecen de motivación, sino que se fundan en los motivos que la misma registradora expone en su nota de calificación.

Resolución de 20-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Alcorcón, número 1.

EXPROPIACIÓN URBANÍSTICA: DERECHO DE REVERSIÓN.

Este Centro Directivo ha señalado (cfr. Resolución de 26 de noviembre de 2001 y 30 de marzo de 2016) que son tres los hitos del iter de la reversión, todos ellos susceptibles de acceso registral: la cualidad de expropiado, la existencia del derecho de reversión declarada por la Administración o por los tribunales de Justicia y la consumación del derecho de reversión mediante la transferencia del derecho de propiedad al reversionista.

La primera es la del derecho de reversión en estado latente o expectante y nace directamente con la propia expropiación y de forma simultánea a la misma. Este derecho constituye un gravamen o carga sobre cosa ajena que, por el momento, hasta que se produzcan los presupuestos habilitantes del derecho de reversión como derecho efectivo de adquisición preferente. Ahora bien, la reforma del artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa operada por la Ley 38/1999 deja claro que, incluso en esta etapa latente, se trata de un derecho ya existente como derecho subjetivo y de contenido patrimonial ya adquirido por su titular incluso antes de que se transforme en un derecho de reversión activo y ejercitable a través de la subsiguiente adquisición o readquisición del bien expropiado, derecho que es susceptible de transmisión «*inter vivos*» y «*mortis causa*», oponible frente a terceros y por ello inscribible como tal «derecho de preferencia» en el Registro de la Propiedad. Así lo confirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 8 de febrero de 2006.

En segundo lugar, una vez producido cualquiera de los hechos o presupuestos habilitantes previstos en el apartado 1 del artículo 54 de la Ley, el derecho de reversión latente deviene en un derecho de reversión pleno, activo o actual de adquisición preferente, como derecho potestativo, similar a un derecho de adquisición o retracto, de carácter real e igualmente oponible frente a terceros, que se desdobra a su vez en dos fases, la previa a su reconocimiento administrativo o judicial y la posterior a dicho reconocimiento, reconocimiento que requiere la previa reclamación potestativa por parte del expropiado o sus causahabientes, como titulares del derecho.

Finalmente, en su tercera etapa el derecho de reversión consumado es aquel en que el derecho reversional de adquisición preferente ha sido reconocido y ejercitado de forma completa mediante el pago o restitución de la indemnización expropiatoria en los términos previstos en el artículo 55 de la misma ley, dando paso con ello a su consumación mediante la adquisición o readquisición del dominio. En tal momento el derecho de reversión se agota y extingue de forma simultánea a la incorporación en el patrimonio de reversionista de un derecho de propiedad sobre el mismo bien inicialmente expropiado.

Conforme a los artículos 53 de la Ley de Expropiación Forzosa, 60 de su Reglamento y 32.4.^a del Reglamento Hipotecario, el título formal para la práctica

de la inscripción en el Registro de la Propiedad de la expropiación forzosa está integrado por el acta de ocupación y por el documento que acredite el pago o consignación del justiprecio. A su vez, el artículo 55.2.e) del Reglamento de Expropiación Forzosa establece que en el título de adquisición del beneficiario de la expropiación debe figurar la afectación del bien al fin público (obra o servicio) que justificó la expropiación, circunstancia que deberá figurar en la propia inscripción registral. La reforma de la Ley de Expropiación Forzosa llevada a cabo por la disposición adicional quinta de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, que da nueva redacción a los artículos 54 y 55 de aquella, inspirada por la conveniencia de eliminar todo vestigio de cargas ocultas o semiocultas en el tráfico jurídico-inmobiliario, ha salido al paso de esta confusa situación, sometiendo el derecho de reversión, también en su fase latente o expectante, al régimen registral de los principios hipotecarios comunes de oponibilidad y fe pública.

Siendo el derecho de reversión una garantía de configuración legal ordinaria, no formando parte del conjunto de garantías que establece el artículo 33 de la Constitución —*vid.* Sentencia del Tribunal Constitucional número 67/1988—, es posible que ciertas expropiaciones, en su regulación sectorial, lo modulen o excluyan mediante norma con rango de Ley. Este es el caso de las expropiaciones urbanísticas. En el ámbito urbanístico, el artículo 47 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre —anteriormente artículo 34 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de suelo— recogiendo sustancialmente, con matices, el régimen de la Ley 6/1998, distingue entre los supuestos en que se produce la alteración del uso que motivó la expropiación de suelo en virtud de modificación o revisión del instrumento de ordenación territorial y urbanística y aquellos en que el suelo haya sido expropiado para ejecutar una actuación de urbanización.

Respecto a la posición jurídica y discutido derecho de reversión del propietario no adherido a la junta de compensación, también se ha afirmado por este Centro Directivo que de no estar ante la hipótesis de cesión amistosa previa a la expropiación, sino, por ejemplo, de convenio o mutuo acuerdo para la fijación del justo precio, artículo 24 de la Ley de Expropiación, este acuerdo que se inserta en el procedimiento expropiatorio no tiene otro alcance sino el de una modalidad de determinación del justiprecio que, por tanto, no puede obstaculizar el ejercicio del esencial derecho de reversión, como garantía última del derecho de los expropiados en relación con la causa de la expropiación. El artículo 138 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid, por su parte, se refiere también a este singular expediente expropiatorio del propietario no adherido a la junta de compensación, como un supuesto de expropiación forzosa por razón de urbanismo, no ya como sistema propio, sino en el seno de otro sistema de ejecución del planeamiento. La concurrencia de un propio supuesto de expropiación urbanística, conlleva indefectiblemente, la aplicación de las garantías legales previstas en favor del propietario, en la legislación de expropiación forzosa en general y en la urbanística en particular; entre ellas, el eventual derecho de reversión, siquiera expectante, y su constancia registral prevista en el citado artículo 54 de la Ley de Expropiación forzosa, plenamente aplicable a las de carácter urbanístico.

A todas estas consideraciones debe añadirse que los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1 LH), por lo que no cabe sino confirmar la denegación de la cancelación del derecho de reversión solicitada por mera instancia.

Resolución de 20-4-2021

BOE 10-5-2021

Registro de la Propiedad de Moralarzal.

ANOTACIÓN PREVENTIVA: CADUCIDAD Y PRÓRROGA.

La nota de calificación debe ser confirmada. El primer asiento de presentación del mandamiento ordenando la prórroga, fue cancelado por caducidad al haberse retirado por el presentante sin liquidación del Impuesto. De manera que cuando se aporta el mandamiento subsanado se debe tener en cuenta no el primer asiento de presentación del mandamiento, pues ya había caducado, sino el nuevo asiento de presentación del título, que es el que ha motivado el procedimiento registral actual, fecha que es la que debe considerarse a todos los efectos legales de cómputo de plazos.

Respecto del cómputo del plazo de vigencia de la anotación de la letra G, según la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 11 de junio de 2020 —de consulta del Colegio de registradores de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles de España sobre levantamiento de la suspensión de los plazos de caducidad de los asientos registrales— el plazo de vigencia (ordinariamente cuatro años desde su fecha, según el artículo 86 LH) de las anotaciones preventivas, se computarán de fecha a fecha y habrá que sumar además los 88 días, naturales en este caso, en que ha estado suspendido el cómputo de los plazos registrales debido al estado de alarma.

La caducidad opera de forma automática, *«ipso iure»*, sin que a partir de entonces pueda surtir ningún efecto la anotación caducada, que ya no admite prórroga alguna, cualquiera que sea la causa que haya originado el retraso en la expedición del mandamiento ordenando la prórroga, debido a la vida limitada con la que son diseñadas tales anotaciones preventivas en nuestro sistema registral. La anotación caducada deja de surtir efectos desde el mismo momento en que se produce la caducidad, independientemente de que se haya procedido o no a la cancelación correspondiente y, por tanto, de la fecha de la misma.

Resolución de 26-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Cogolludo.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: REQUISITOS.

Es una cuestión indiscutida según la doctrina de este Centro Directivo (cfr. «Vistos») la posibilidad de inmatricular una participación indivisa de finca, incluso cuando, como sucede en el caso que nos ocupa, las restantes participaciones ya estén inmatriculadas. El debate que se plantea en este recurso es similar al de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de noviembre de 2019, por lo que procede reiterar lo entonces dicho. La primera cuestión que debe plantearse es la relativa a la forma documental exigida por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria, debiendo entenderse que no es obstáculo que impida la inmatriculación por esta vía, la formalización en un mismo título público de dos adquisiciones separadas entre sí por más de un año.

En el supuesto de este expediente, se trata de transmisiones por causa de la muerte. Con independencia del carácter atributivo, declarativo o especificativo

que se predique de la partición, es evidente que, en el proceso sucesorio, delación y partición se complementan, y juntas producen el efecto traslativo respecto del heredero en la titularidad exclusiva de bienes concretos y determinados (cfr. art. 1068 CC). Ello permite interpretar que en los casos de aceptación de herencia y formalización en título público de la adjudicación y adquisición de la propiedad de los bienes hereditarios, el plazo de un año a que se refiere el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se puede computar desde el fallecimiento del causante de la herencia. Esta afirmación no obsta la también reiterada doctrina de esta Dirección General 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.

La propia redacción del título evidencia que no hay dos transmisiones sucesivas de la total participación indivisa cuya inmatriculación ahora se pretende (en contra de la tesis de la recurrente) que justifiquen la aplicación del artículo 205 de la Ley Hipotecaria, motivo por el cual el recurso debe desestimarse.

Resolución de 26-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Azpeitia.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE BIENES EXGANANCIALES POR DEUDAS FISCALES.

Como cuestión previa, ha de recordarse que una reiterada doctrina de este Centro Directivo ha señalado que no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, documentos que el registrador no pudo tener a la vista al tiempo de dictar la nota de calificación, ya que el recurso tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

La anotación del embargo trabado sobre bienes privativos de un cónyuge, cuando tales bienes habían sido antes de carácter ganancial, por deudas contraídas por el otro consorte ha sido siempre una cuestión compleja que ha dado lugar a diferentes pronunciamientos de este Centro Directivo. En la actualidad, después de la reforma operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 144.4, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario.

Para practicar una anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges con carácter privativo por liquidación de la sociedad de gananciales, por deudas contraídas por el otro consorte, será preciso que se dé alguno de estos casos: —Que el procedimiento del que resulta el mandamiento que ordena la anotación se haya dirigido contra ambos cónyuges. —Que, aun tratándose de un procedimiento dirigido solo contra el cónyuge deudor, se cumplan los dos requisitos previstos en el artículo 144.4, párrafo segundo, según la interpretación que respecto de los mismos ha mantenido esta Dirección General: que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y que conste la notificación del embargo al cónyuge titular, antes de que el acto que ha provocado la modificación del régimen económico-

matrimonial haya producido efectos frente a terceros. Ahora bien, tal y como ha reiterado este Centro Directivo, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges.

No obstante lo anterior, en el caso de deudas tributarias la modificación del régimen económico-matrimonial de los cónyuges a través de unas capitulaciones matrimoniales que se consideren otorgadas en fraude de acreedores, constituye uno de los presupuestos de hecho de la responsabilidad del artículo 42.2.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria. En este supuesto, no será necesario acudir a un procedimiento judicial para declarar la ganancialidad de las deudas y la responsabilidad de los bienes exgananciales. Ahora bien, para declarar la responsabilidad será necesario, además de que se reúnan los requisitos legales para su aplicación, una resolución firme para cuya obtención deberán observarse los trámites contenidos en los artículos 174 y siguientes de la Ley General Tributaria que garantizan la intervención del afectado. Respecto de la norma foral aplicable a este supuesto, la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa, contempla una regulación similar.

Resolución de 26-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de San Sebastián, número 1.

ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO: SOBRE BIENES EXGANANCIALES POR DEUDAS FISCALES.

Como cuestión previa, ha de recordarse que una reiterada doctrina de este Centro Directivo ha señalado que no pueden ser tenidos en cuenta para la resolución del recurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 326 de la Ley Hipotecaria, documentos que el registrador no pudo tener a la vista al tiempo de dictar la nota de calificación, ya que el recurso tiene como objeto valorar la procedencia de la calificación teniendo en cuenta los elementos de que dispuso el registrador para emitirla.

La anotación del embargo trabado sobre bienes privativos de un cónyuge, cuando tales bienes habían sido antes de carácter ganancial, por deudas contraídas por el otro consorte ha sido siempre una cuestión compleja que ha dado lugar a diferentes pronunciamientos de este Centro Directivo. En la actualidad, después de la reforma operada por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, esta cuestión se encuentra regulada en el artículo 144.4, párrafo segundo, del Reglamento Hipotecario.

Para practicar una anotación de embargo sobre bienes inscritos a nombre de uno de los cónyuges con carácter privativo por liquidación de la sociedad de gananciales, por deudas contraídas por el otro consorte, será preciso que se dé alguno de estos casos: —Que el procedimiento del que resulta el mandamiento que ordena la anotación se haya dirigido contra ambos cónyuges. —Que, aun tratándose de un procedimiento dirigido solo contra el cónyuge deudor, se cumplan los dos requisitos previstos en el artículo 144.4, párrafo segundo, según la interpretación que respecto de los mismos ha mantenido esta Dirección General: que del mandamiento resulte la responsabilidad del bien por la deuda que motiva el embargo y que conste la notificación del embargo al cónyuge titular,

antes de que el acto que ha provocado la modificación del régimen económico-matrimonial haya producido efectos frente a terceros. Ahora bien, tal y como ha reiterado este Centro Directivo, es preciso que sea ganancial la deuda contraída por el cónyuge deudor bajo la vigencia del régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales, y así sea declarado en juicio declarativo previo entablado contra ambos cónyuges.

No obstante lo anterior, en el caso de deudas tributarias la modificación del régimen económico-matrimonial de los cónyuges a través de unas capitulaciones matrimoniales que se consideren otorgadas en fraude de acreedores, constituye uno de los presupuestos de hecho de la responsabilidad del artículo 42.2.a) de la Ley 58/2003, General Tributaria. En este supuesto, no será necesario acudir a un procedimiento judicial para declarar la ganancialidad de las deudas y la responsabilidad de los bienes exgananciales. Ahora bien, para declarar la responsabilidad será necesario, además de que se reúnan los requisitos legales para su aplicación, una resolución firme para cuya obtención deberán observarse los trámites contenidos en los artículos 174 y siguientes de la Ley General Tributaria que garanticen la intervención del afectado. Respecto de la norma foral aplicable a este supuesto, la Norma Foral 2/2005, de 8 de marzo, General Tributaria del Territorio Histórico de Gipuzkoa, contempla una regulación similar.

Resolución de 27-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

En la LPH se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. 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.

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. Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos.

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.

Resolución de 27-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Alcalá de Henares, 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 Cen-

tro 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 27-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Ibi.

PUBLICIDAD FORMAL: REQUISITOS DE EXPEDICIÓN.

Es evidente que el telefax es una tecnología hoy claramente superada. Por lo tanto, la recepción de la solicitud por fax, salvo en los casos legalmente previstos, no permite cumplir con los requisitos de identificación del solicitante, por lo que el registrador deberá bajo su responsabilidad tomar las medidas adicionales necesarias para que esa identificación quede suficientemente determinada.

Si bien, es también criterio de esta Dirección General que la exigencia de identificación del instante no puede limitarse a la comparecencia física o legitimación notarial de las firmas, sino que debe comprender cualquier otro medio que cumpla igualmente dicha finalidad ya sea realizada por medios físicos o telemáticos. Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que en el supuesto concreto de este expediente se da la circunstancia de que la solicitud de certificación se realiza dentro de un escrito de alegaciones emitido en el curso de un expediente del artículo 199 de la Ley Hipotecaria; y en este expediente la registradora ha identificado como interesado al ahora recurrente.

Respecto a la finalidad de la solicitud de información, en el escrito de alegaciones se solicita certificación de la finca registral 6327, finca registral 8645, finca registral 9036 y finca registral 14271 y parcela 154, parcela 155 y parcela 164. Dichas fincas no tienen relación, o al menos no se especifica en el escrito de alegaciones, con aquella respecto de la cual se sigue el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria, ni con las restantes que también cita, tampoco se aduce un interés concreto para obtener información de dichas fincas. Ante una solicitud de publicidad formal, el registrador, debe calificar en primer lugar, si procede o no expedir la información o publicidad formal respecto de la finca o derecho que se solicita, atendiendo a la causa o finalidad alegada; en segundo lugar, deberá valorar la existencia de un interés legítimo, y, en tercer lugar, que datos y circunstancias de los incluidos en el folio registral correspondiente puede incluir o debe excluir de dicha información. En el supuesto de hecho de este expediente, no se aprecia el interés concreto patrimonial que legitima para la obtención de la información registral, en consecuencia, debe confirmarse en este punto la calificación de la registradora.

Por último, en cuanto a la debida identificación de las fincas sobre las que se requiere la información, la solicitud indica solamente que se expida certificación de las parcelas 154, 155 y 164, sin indicar dato alguno, ni de su titular, ni de datos registrales de identificación de las mismas. Para apreciar el interés legítimo del solicitante en los términos señalados en el fundamento anterior, es requisito indispensable la necesaria concreción del bien sobre el que se pretende

la información, de tal manera que el registrador pueda dar cumplimiento a su deber de calificación.

Resolución de 29-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

En la LPH se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. 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.

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. Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos.

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.

Resolución de 29-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Santa Cruz de Tenerife, número 1.

PROPIEDAD HORIZONTAL: VIVIENDAS DE USO TURÍSTICO.

En la LPH se atribuye a la junta de propietarios, como órgano colectivo, amplias competencias para decidir en los asuntos de interés de la comunidad (cfr. arts. 14 y 17 de la Ley sobre propiedad horizontal), si bien tratándose de determinados acuerdos (los que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad), solo serán válidos cuando se adopten por los propietarios en los términos previstos en la regla 6 del artículo 17 de la Ley sobre propiedad horizontal, es decir por unanimidad (siquiera sea presunta, como permite la regla 8 de tal precepto).

Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces. 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.

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. Si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos.

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.

Resolución de 30-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro de la Propiedad de Requena.

RECTIFICACIÓN DE CABIDA: REQUISITOS.

La registración de un exceso de cabida *stricto sensu* solo puede configurarse como la rectificación de un erróneo dato registral referido a la descripción de la finca inmatriculada, de modo que ha de ser indubitado que con tal rectificación no se altera la realidad física exterior que se acota con la descripción registral, esto es, que la superficie que ahora se pretende constatar tabularmente es la que debió reflejarse en su día por ser la realmente contenida en los linderos originalmente registrados.

En todo caso, será objeto de calificación por el registrador la existencia o no de dudas en la identidad de la finca, pues tal y como dispone el artículo 9.b) «la representación gráfica aportada será objeto de incorporación al folio real de la finca, siempre que no se alberguen dudas por el registrador sobre la correspondencia entre dicha representación y la finca inscrita, valorando la falta de coincidencia, siquiera parcial, con otra representación gráfica previamente incorporada, así como la posible invasión del dominio público. 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.

Procede, en consecuencia, entrar a analizar si los motivos esgrimidos por la registradora en la nota de calificación justifican la denegación de la inscripción de la representación gráfica solicitada y consiguiente rectificación de la descripción, considerando que todo juicio de identidad de la finca por parte del registrador no puede ser arbitrario ni discrecional, sino que ha de estar motivado y fundado en criterios objetivos y razonados. La circunstancia de no existir oposición en la tramitación del procedimiento no puede ser determinante a los efectos de acceder a la pretensión de inscripción de la representación gráfica catastral solicitada.

Como ha afirmado reiteradamente esta Dirección General, la mutación sin causa negocial como consecuencia de la prescripción exige una determinación de los hechos y de su valoración jurídica que escapa por completo de la función notarial y de la registral (*vid.* Resolución de 25 de abril de 1989). No se trata de poner en duda la existencia de los hechos, sino de la valoración jurídica que de los mismos se pretende que no puede quedar al arbitrio de quien pretende la inscripción.

Resolución de 4-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Oviedo, número 4.

URBANISMO: CESIÓN OBLIGATORIA.

La única cuestión debatida es la de si a la vista de la normativa aplicable en el Principado de Asturias es posible inscribir la transmisión de la propiedad de una finca por cesión obligatoria al ayuntamiento mediante una escritura otorgada tan solo por los titulares registrales, en la que se dice que «como acto previo

para su cesión al Ayuntamiento de Oviedo, al objeto de incorporación a camino público» se formaliza la segregación de una porción de terreno.

La cuestión a efectos registrales, sin embargo, no plantea discusión, en la medida de que siempre será necesaria la acreditación fehaciente del acuerdo de voluntades respecto al título y la propia existencia de tradición, pues de otro modo no habrá tenido lugar la modificación jurídico real que pueda tener acceso al Registro —cfr. artículos 9 y 33 del Reglamento Hipotecario—. A este planteamiento responde también la regulación reglamentaria de los artículos 29, 30 y 31 del Real Decreto 1093/1997 de 4 de julio, tratándose de cesiones de terrenos que tengan legalmente el carácter de obligatorias o que resulten de convenios urbanísticos tipificados en la legislación sobre el suelo, al establecer la regla general de exigencia de acuerdo de los titulares registrales con la Administración actuante, formalizado en acta administrativa o en escritura pública. Por otra parte, tampoco cabe estimar la alegación del notario recurrente de que, en el presente caso, a la vista de la resolución municipal incorporada a la escritura resulta que el Ayuntamiento «anticipa su aceptación» de la cesión obligatoria y que expresamente «se niega a una comparecencia o acto adicional alguno».

Resolución de 5-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de La Línea de la Concepción.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO: ÁMBITO.

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.

Como ha puesto de relieve este Centro Directivo, es inscribible el convenio regulador sobre liquidación del régimen económico-matrimonial que conste en testimonio judicial acreditativo de dicho convenio, siempre que haya sido aprobado por la sentencia que acuerda la nulidad, la separación o el divorcio. Ahora bien, como también tiene declarado esta Dirección General (véase, por todas, la Resolución de 25 de octubre de 2005), esa posibilidad ha de interpretarse en sus justos términos, atendiendo a la naturaleza, contenido, valor y efectos propios del convenio regulador (cfr. arts. 90, 91 y 103 CC), sin que pueda servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.

Igualmente, según doctrina también consolidada de este Centro Directivo (*vid.* Resoluciones citadas en los «Vistos»), el convenio regulador, suscrito por los interesados sin intervención en su redacción de un funcionario competente, no deja de ser un documento privado que con el beneplácito de la aprobación judicial obtiene una cualidad específica, que permite su acceso al Registro de la Propiedad, siempre que el mismo no se exceda del contenido que a estos efectos señala el artículo 90 del Código civil, pues hay que partir de la base de que el procedimiento de separación o divorcio no tiene por objeto, en su aspecto

patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan solo de aquellas derivadas de la vida en común.

A la luz de las anteriores consideraciones, el recurso no puede prosperar. La adjudicación de un bien inmueble objeto de comunidad ordinaria adquirido antes del matrimonio, de carácter privativo, es un negocio ajeno al contenido típico del convenio regulador por lo que para su inscripción en el Registro de la Propiedad es necesaria la oportuna escritura pública o, en su defecto, la sentencia firme dictada por juez competente en el procedimiento que corresponda. Ciertamente, tratándose de la vivienda familiar, si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido —*ex lege*— con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas (cfr. arts. 1354 y 1357, párrafo segundo, CC). Esa situación y la consiguiente extinción de ese condominio, para tener acceso registral, tiene que ser así convenida por las partes (cfr. art. 91.3 RH). En el caso presente, en la documentación presentada a calificación resulta que la finca tenía el carácter de vivienda familiar en el momento de la disolución del matrimonio (aunque no consta desde cuándo tuvo tal carácter, pues únicamente se indica que constituyó «el último domicilio conyugal»), pero de aquella no resulta que se haya adquirido con precio aplazado y que parte del mismo se haya pagado con dinero ganancial. Tampoco pueden acogerse las afirmaciones del recurrente en su escrito de impugnación acerca de la apreciación de una pretendida aportación de la finca a la sociedad de gananciales, aportación que tampoco se explicita en el título calificado.

Resolución de 6-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Sanlúcar la Mayor, número 2.

INMATRICULACIÓN POR TÍTULO PÚBLICO: DUDAS SOBRE LA IDENTIDAD DE LA FINCA.

El segundo requisito de identidad descriptiva exigido por el artículo 205 de la Ley Hipotecaria se refiere a la que ha de existir «en todo caso, en la descripción contenida en el título inmatriculador y la certificación catastral descriptiva y gráfica que necesariamente debe ser aportada al efecto». Lo que sí ha de tenerse en cuenta, a la hora de interpretar el grado de identidad que se exige legalmente, es que, como se señaló en la Resolución de este Centro Directivo de 4 de agosto de 2014, según criterio que sigue siendo aplicable tras la Ley 13/2015, tal identidad ha de referirse a la ubicación y delimitación geográfica perimetral de la finca, pero no necesariamente a los elementos físicos —tales como las edificaciones—, ubicados en el interior de ella, ni tampoco a la identidad del titular catastral.

Por tanto, el hecho de que en la escritura se describa la finca transmitida como una casa, mientras que en la certificación catastral aparezca identificada como almacén, no puede ser obstáculo para su inmatriculación, puesto que la única identidad exigida por el artículo 205 es la referida a la ubicación y delimitación geográfica perimetral de la finca, no con respecto a las edificaciones existentes en ella. Consecuentemente, el defecto solo puede mantenerse si se entiende, tal como apunta la registradora en su informe, limitado a los efectos de hacer constar en la inscripción la descripción de la edificación existente en la finca, dado que en

este aspecto, y en la medida en que la certificación catastral cumple la función de acreditar la antigüedad de la obra en los términos establecidos en el artículo 28.4 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, sí que sería preciso constatar la identidad descriptiva de la edificación para su acceso al Registro.

El registrador debe extremar el celo en las inmatriculaciones para evitar que se produzca la indeseable doble inmatriculación. Además, hay que considerar que el procedimiento previsto en el artículo 205 de la Ley Hipotecaria tiene menores garantías, al no exigir la previa intervención de titulares de fincas colindantes que pudieran verse afectados, siendo estos los más interesados en velar que el acceso de una nueva finca al Registro no se haga a costa, o en perjuicio, de los fundos limítrofes, pudiendo producirse, en caso contrario un supuesto de indefensión.

Es cierto, como apunta el recurrente y confirma el notario en su escrito de alegaciones, que esta sola mención por sí misma no justifica la existencia de duda fundamentada sobre la identidad de la finca cuya inmatriculación se solicita. Sin embargo, en el supuesto a que se refiere este recurso concurre una circunstancia especial que obliga a confirmar el defecto consignado en la nota de calificación. En la nota simple que se expidió con carácter previo al otorgamiento de la escritura calificada y que queda incorporada al referido título, después de señalar que la finca tal y como se describía y con la referencia catastral relacionada no aparecía inscrita como tal a nombre de persona alguna, se advertía de manera expresa sobre que al menos de tres de los colindantes catastrales, se corresponden con fincas registrales que fueron segregadas de la finca 4752. A pesar de contar con estas advertencias, en la escritura que ha dado pie a la calificación recurrida no se incluyen diligencias especiales o pruebas complementarias que desvirtúen las dudas consignadas en la nota simple. Por todo ello, en el caso analizado hubiera sido necesario que a la escritura se incorporasen pruebas que desvirtuaran las dudas puestas de manifiesto en la nota simple, o que, ante la existencia de dicha dudas, se hubiera optado por acudir al expediente de dominio que regula el artículo 203 de la Ley Hipotecaria.

Resolución de 6-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Zaragoza, número 10.

AUTOCONTRATACIÓN: REPRESENTANTE SIMULTÁNEO DE LA SOCIEDAD VENDEDORA Y COMPRADORA.

Existe autocontratación cuando una persona interviene en un mismo contrato en su propio nombre y en el de la otra parte contratante o incluso —como ocurre en el presente caso— cuando representa a ambas partes en el negocio jurídico, a la sociedad vendedora y a la sociedad compradora (cfr. arts. 221.2.º CC y 267 CCO), y para tal supuesto es doctrina consolidada que en la atribución genérica de las facultades o poderes no está comprendido el caso en que en la operación estén en oposición los intereses de una y otra parte. El ordenamiento jurídico trata de garantizar que la actuación de los gestores de bienes y negocios ajenos se guíe exclusivamente por la consideración de los intereses del principal o *dominus negotii* sin interferencia de los propios del gestor, objetivo que se evidencia en muy diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente caso es indiscutible que una misma persona representa a dos sociedades con intereses contrapuestos (los de la parte vendedora y los de la parte compradora), con riesgo de quiebra de la objetividad del representante y con el consiguiente menoscabo del interés protegido de ambas partes o de alguna de ellas. Por ello, no es suficiente que ese riesgo haya sido conjurado por una sola de las sociedades representadas (la compradora), sino que es necesaria la adicional autorización por parte de la sociedad vendedora.

Resolución de 6-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Sant Feliu de Guíxols.

DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO TERRESTRE: TERRENOS EXCLUIDOS POR LA DISPOSICIÓN ADICIONAL SÉPTIMA DE LA LEY 2/2013.

En el caso objeto del presente recurso, ocurre que la finca, según certificación expedida por el Servicio Provincial de Costas intersecta con el dominio público-marítimo terrestre según deslinde aprobado por Orden Ministerial anterior a la Ley de Costas de 1988, pero, según comprobación efectuada por la registradora, de conformidad con la representación gráfica suministrada por la Dirección General de Sostenibilidad de la Costa y del Mar, está situada en uno de esos núcleos de población que la Ley 2/2013 ha declarado posteriormente quedar excluido del dominio público. Sin embargo, el régimen legal resultante de la citada disposición adicional séptima no determina que esa exclusión sobrevenida del dominio público sea directamente efectiva, ni que los terrenos pasen directamente y por ministerio de la ley a ser de propiedad privada, sino que la propia ley prevé que la efectividad de esa exclusión está condicionada suspensivamente a que se cumplan dos requisitos sucesivos: Primero: Que por Orden conjunta del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas y del ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente se determine el procedimiento de identificación de los interesados a cuyo favor pueda efectuarse la transmisión y el negocio jurídico a través del cual deba efectuarse dicha transmisión. —Segundo: que se proceda a la formalización de los correspondientes negocios de transmisión de los terrenos a sus ocupantes por cualquiera de los negocios dispositivos previstos en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones públicas.

El hecho de que nos encontremos ante un supuesto de inactividad de la Administración, del que se lamentan comprensiblemente los recurrentes, y los eventuales perjuicios e inseguridad jurídica que puedan sufrir por ello, tiene su posible remedio en nuestro ordenamiento jurídico mediante la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, como expresamente admite el artículo 25.2 de Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En definitiva, en el caso que nos ocupa, en el que resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en la disposición adicional séptima Ley 2/2013, de 29 de mayo, de protección y uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, relativa a la «exclusión de determinados núcleos de población del dominio público marítimo-terrestre» pero sin que se haya procedido todavía a la efectividad de la exclusión del dominio público por no haberse formalizado el correspondiente negocio de transmisión desde el dominio público hacia el dominio privado, nos encontramos ante un caso de cierre

registral en el que, por imperativo legal, ha de rechazarse la inscripción registral de títulos pretendidamente traslativos del dominio privado precisamente porque consta acreditado que la finca no es de dominio privado, sino todavía público, y que por ello, tales títulos pretendidamente traslativos otorgados entre sujetos de derecho privado no operan transmisión dominical alguna, y sin que legalmente se admita en estos casos una inscripción dominical condicionada ni la inscripción de una simple y supuesta transmisión posesoria.

Resolución de 7-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Denia, número 2.

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 están justificadas, dado que según el colindante registral que realiza alegaciones, la representación gráfica que pretende inscribirse, y que hasta el 12 de diciembre de 2015 figuraba catastralmente en investigación, ocupa parte de la propiedad de sus fincas inscritas, las cuales se encuentran perfectamente delimitadas y consolidadas en su perímetro exterior mediante mojones y vallado metálico, justificándose la medición con plano topográfico —con superposición catastral y ortofoto—, e informe de validación gráfica frente a parcelario catastral.

Resolución de 7-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de El Puente del Arzobispo.

VÍAS PECUARIAS: NOTA MARGINAL.

En primer lugar conviene traer a colación la doctrina reiterada de este Centro Directivo, en el sentido de que el registrador, al ejercer su competencia de calificación de los documentos presentados a inscripción no está vinculado, habida cuenta del principio de independencia en su ejercicio, por las calificaciones llevadas a cabo por otros registradores, como tampoco lo está por las propias resultantes de la anterior presentación de otros títulos.

En cuanto a la cuestión de fondo, la publicidad del procedimiento de deslinde se contempla en el artículo 8, apartado 5, de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias que dispone que «cuando los interesados en un expediente

de deslinde aporten títulos inscritos en el Registro de la Propiedad sobre terrenos que pudieran resultar incluidos en el dominio público, el órgano que tramite dicho expediente lo pondrá en conocimiento del Registrador a fin de que por este se practique la anotación marginal preventiva de esa circunstancia». Con independencia de la imprecisión del texto legal sobre el asiento legal («anotación marginal preventiva»), lo que resulta indudable es que la publicidad registral mediante un asiento en la finca solo se contempla una vez iniciado el procedimiento de deslinde y con intervención de los interesados. En ningún caso puede admitirse la práctica de asientos sobre las fincas sin que el titular haya sido parte en el procedimiento. Por 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.

Por otra parte, la nota marginal previa al inicio del expediente de deslinde no está prevista en la normativa reguladora de las vías pecuarias, ni tampoco se prevé en la normativa general de las Administraciones públicas. Ahora bien, el artículo 9, letra a), de la Ley Hipotecaria dispone que «cuando conste acreditada, se expresará por nota al margen la calificación urbanística, medioambiental o administrativa correspondiente, con expresión de la fecha a la que se refiera». En esta previsión legal podría tener encaje la nota marginal cuya solicitud motiva este recurso. Sin embargo, en el concreto supuesto analizado en este expediente, el contenido de la solicitud de la Administración y de la nota pretendida adolece una falta de determinación total acerca de ninguna circunstancia afectante a la finca.

La falta de deslinde de la vía pecuaria con el procedimiento y garantías previstas en la Ley, impide que puedan aplicarse a los titulares de fincas colindantes las consecuencias propias de este deslinde. En este punto no podemos olvidar la presunción derivada del principio de legitimación registral que consagra el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, conforme al cual «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos».

En el supuesto de este expediente, con anterioridad a la presentación de la instancia que da lugar a la calificación negativa impugnada, se siguió el procedimiento del artículo 199 de la Ley Hipotecaria para incorporar la base gráfica catastral, habiéndose practicado las preceptivas notificaciones, entre ellas a la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha como colindante titular de la vía pecuaria de una cañada real, quien presentó alegaciones que fueron rechazadas por el registrador entonces titular, procediéndose a la inscripción de la base gráfica.

Resolución de 7-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Utrera, número 2.

BIENES GANANCIALES: SENTENCIA QUE DECLARA LA RESOLUCIÓN DE UNA VENTA DE FINCA INSCRITA COMO GANANCIAL.

Por sentencia firme se declara resuelta una compraventa con precio aplazado, garantizada condición resolutoria sobre determinadas fincas registrales inscritas

a favor de un cónyuge, que la compró para su sociedad de gananciales. En el ámbito de los procesos ejecutivos el Reglamento Hipotecario armonizó las dos circunstancias (carácter ganancial del bien con la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario) no exigiendo demanda del embargo al cónyuge no titular, pero sí que se notifique la demanda al cónyuge en gananciales que no es formalmente titular registral por no haber sido comprador.

Esta misma solución debe entenderse que es la procedente en la resolución de la compraventa enjuiciada, pues deben tener la posibilidad de intervenir todos aquellos a quienes el asiento atribuye algún derecho, y sin duda lo es el cónyuge del titular registral en gananciales. Todas las anteriores consideraciones llevan al resultado de que para que la sentencia despliegue toda su eficacia cancelatoria y afecte a titulares de asientos posteriores —cuando no se haya anotado preventivamente la demanda de resolución— es necesario que estos al menos hayan sido citados en el procedimiento.

En conclusión, la resolución judicial de una compraventa como consecuencia del desenvolvimiento de una condición resolutoria explícita, si bien no exige demanda al cónyuge del adquirente, casado en régimen económico-matrimonial de gananciales, requiere al menos que haya sido notificado de la resolución para la eventual protección de sus intereses, pues el asiento le atribuye derechos sobre la finca. En analogía con la solución ofrecida por el artículo 144 del Reglamento Hipotecario y con la solución dada por este Centro Directivo para la protección de titulares de derechos sobre la finca.

Resolución de 10-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Torrent, número 3.

CONVENIO REGULADOR DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO: RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES.

Resulta admisible la inscripción de la adjudicación que mediante convenio regulador se realice respecto de los bienes adquiridos vigente el régimen de separación de bienes, pues, aunque dicho régimen está basado en la comunidad romana, esto no autoriza a identificar ambas regulaciones. Esta diferenciación resulta, en nuestro ordenamiento jurídico, del hecho de que el régimen económico-matrimonial de separación de bienes solo pueda existir entre cónyuges, así como de la afectación de los bienes al sostenimiento de las cargas del matrimonio, de las especialidades en la gestión de los bienes de un cónyuge por el otro, de la presunción de donación en caso de concurso de un cónyuge y de las limitaciones que para disponer se derivan del destino a vivienda habitual de un inmueble. No podemos pues asimilar la relación matrimonial y sus relaciones económicas —asentadas siempre sobre las relaciones personales— a una comunidad de bienes ordinaria.

En el caso de este expediente, los cónyuges dentro de las cláusulas del convenio regulador incluyen la liquidación del régimen de separación de bienes mediante la extinción de la comunidad existente sobre los bienes que se adjudican a cada uno —entre ellos, la vivienda familiar—, por lo que es indudable que el convenio regulador es cauce hábil para la inscripción de la adjudicación de la vivienda que constituía el domicilio familiar.

Resolución de 10-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Las Palmas de Gran Canaria, número 4.

OBRA NUEVA: APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 202 EN LOS CASOS DE AMPLIACIÓN DE OBRA.

En los supuestos de ampliación de una edificación ya inscrita, se afirmó por esta Dirección General, en Resolución de 23 de mayo de 2016 (reiterada, entre otras, en la de 6 de febrero de 2017), que en tales casos la superficie ocupada por la construcción ya consta en el Registro, bajo la salvaguardia de los tribunales (art. 1, párrafo tercero, LH), y no es objeto de modificación o alteración en la escritura de ampliación de obra nueva por elevación de nuevas plantas. Por ello, el rigor de la norma debe atenuarse, puesto que el encaje en el supuesto de hecho previsto en el artículo 202 no es pleno. No obstante, en el caso que nos ocupa, la ampliación de edificación declarada altera la superficie de parcela ocupada consignada en el Registro, por lo que es procedente aportar las coordenadas de la porción de suelo ocupada en los términos que exige el artículo 202 de la Ley Hipotecaria.

La cuestión principal que aquí se plantea es la de si para inscribir la edificación es defecto la falta de coincidencia entre la superficie ocupada por ella según la descripción literaria que figura en el título y la que resulta de las coordenadas catastrales aportadas para dar cumplimiento al artículo 202 de la Ley Hipotecaria. Esta circunstancia, en principio, no puede ser impeditiva de la inscripción cuando el título se ha ajustado descriptivamente a lo que resulta del Catastro, siempre que la calificación de tales coordenadas confirme la identidad de la edificación y la ubicación de la misma dentro de la finca registral. Debe considerarse en este punto que en los datos alfanuméricos que expresa el Catastro no se computan ciertas superficies, como los balcones, terrazas, porches y demás elementos análogos que estén cubiertos que computan al 50% de su superficie. En concreto, en el supuesto de este recurso, la edificación descrita tiene elementos como voladizos y porches.

Resolución de 11-5-2021

BOE 24-5-2021

Registro de la Propiedad de Villajoyosa, número 2.

CONDICIÓN RESOLUTORIA: REQUISITOS DE EJERCICIO.

La reinscripción en favor del vendedor, cuando es consecuencia del juego de la condición resolutoria expresa pactada —referido 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 RH), 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; 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.ª RH).

Conforme la jurisprudencia y doctrina expuesta en la Resolución de 29 de agosto de 2019, la moderación de la cláusula penal es renunciable, tal como consta en la escritura. En efecto, la última jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que, por pacto entre las partes, pueda admitirse la renuncia del comprador a la moderación de la cláusula penal. Así pues, cabe concluir que, de no darse las circunstancias excepcionales que se dieron con ocasión de la Resolución de 29 de agosto de 2019, tal y como indicó la más reciente Resolución de 6 de marzo de 2020, «la reinscripción en el Registro de la propiedad a favor del vendedor exige por tanto consignación de las cantidades por aquel percibidas, consecuencia de los efectos *«ex tunc»* que en relación a la restitución de prestaciones determina el artículo 1123 del Código civil y no solo es exigible en caso de existencia de titulares de cargas posteriores. En definitiva, en todo caso de reinscripción como consecuencia de la resolución de una compraventa con precio aplazado garantizado con condición resolutoria explícita, al amparo del artículo 59 RH, es necesaria la consignación del importe que haya de ser devuelto al adquirente o —si hubiera cargas posteriores— que corresponda, por subrogación real, a los titulares de derechos extinguidos por la resolución (art. 175.6.^a RH)».

Ahora se trata de determinar si en el presente supuesto, conforme a la doctrina expuesta en la Resolución de 29 de agosto de 2019, se han dado las circunstancias que permiten la exclusión de la consignación. Las partes se limitan a pactar que «el impago de una cualquiera de las cuotas dará lugar a la resolución de pleno derecho de esta compraventa, teniendo dicha condición resolutoria el carácter de expresa e inscribible» y que «en caso de operarse tal resolución la parte compradora perderá una cantidad equivalente al importe que en el momento del impago llevare satisfecho»; pero no se pacta la exclusión de la facultad moderadora de los tribunales prevista en el artículo 1154 del mismo Código; ni la compradora ha 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; ni dicha compradora ha 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. En consecuencia, no dándose tales circunstancias, es precisa la consignación.

Registro Mercantil y Bienes Muebles

por Servicio de Coordinación RRMM

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro Mercantil de Valencia, número I

PRESTADOR DE SERVICIOS. DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES: DOCUMENTO SOBRE SERVICIOS A TERCEROS.

SE CONFIRMA

En la nota de calificación se señalaba que en la hoja relativa a la identificación de los documentos contables cuyo depósito se solicita aparece marcada la

casilla relativa al «Documento sobre servicios a terceros»; y en la hoja concreta, en la casilla de realización de operaciones de prestación de servicios a terceros, consta «no». La sociedad aporta el documento sobre prestadores de servicios, sin que conste su previa inscripción en el Registro de Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos, conforme a la disposición adicional única de la Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo y la Financiación del Terrorismo. Dicha inscripción es necesaria conforme al artículo 11.1 del Reglamento del Registro Mercantil. Terminan advirtiendo que en caso de no ser Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos el documento correspondiente no deberá ser incorporado al envío telemático.

Se trata, pues, de un depósito de cuentas en el que se incorpora entre los documentos contables a depositar el relativo a los prestadores de servicios, pero la sociedad no figura inscrita en el Registro de Prestadores de Servicios a Sociedades y Fideicomisos. La sociedad alega la existencia de un problema en la aplicación informática del depósito cuando fue rellenado el documento correspondiente. La Dirección General señala que a efectos del presente recurso, conviene recordar que, en los modelos de depósito de cuentas anuales, en la hoja identificativa de los documentos contables cuyo depósito se solicita, existe una serie de casillas que deberán marcarse en función de los diferentes documentos que cada entidad presente, no siendo obligatorio marcar todas ellas. Si se quiere presentar el documento sobre servicios a terceros, es porque la persona, física o jurídica, está obligada a ello, al estar dada de alta como prestadora de servicios. En este caso, el recurrente, que ha marcado la casilla y presenta el documento contable, realiza una serie de alegaciones, al margen de otras que no pueden ser tenidas en consideración, que deben ser desestimadas. Así, lo referido a la aplicación informática, ya que la misma no puede prevalecer sobre obligaciones legales, aspecto que ya se recogió en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2 de enero de 2017, en relación a la información sobre plazos de pago a proveedores; y respecto a que en el documento contable se manifiesta que no se han realizado operaciones en ese ejercicio, al margen de ser perfectamente compatible dicha declaración y estar dado de alta como prestador, como decían la Instrucción de 30 de agosto de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y la Orden JUS/1256/2019, de 26 de diciembre, su contenido no es propiamente objeto de calificación, sino solo el cumplimiento de una obligación formal.

Resolución de 25-2-2021

BOE 22-4-2021

Registro Mercantil de Valencia, número V

TITULAR REAL. DEPÓSITO DE CUENTAS ANUALES: DECLARACIÓN DE LA TITULARIDAD REAL. FIRMA DE LA DECLARACIÓN DEL TITULAR REAL. PRESENTACIÓN DEL DEPÓSITO DE CUENTAS EN FORMATO PAPEL: OBLIGATORIO APORTAR EL DOCUMENTO CON LOS DATOS NECESARIOS DE IDENTIFICACIÓN (ID1/IDP1).

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

En la nota de calificación se señalan tres defectos, en primer lugar no consta debidamente cumplimentado el documento correspondiente a la Declaración de la

Titularidad Real aprobado por la Resolución de 22 de mayo de 2019; en segundo lugar, dicha Declaración no consta firmada por la persona que tiene la facultad certificante, y finalmente, en tercer lugar, no se aporta la hoja destinada a datos generales de identificación (ID1/IDP1).

La Dirección General señala que solo existe la obligación legal (Orden JUS/319/2018) de declarar como titular real a las personas físicas que ostenten más del 25% del capital social pero, si se cumple esta obligación —dado que en este caso se identifica a un socio con el 75% del capital social—, no cabe poner ninguna objeción a que la sociedad, voluntariamente, indique en dicha declaración la existencia de otro socio que ostenta el 25% restante, ya que con ello se consigue que el Registro de Titularidades Reales sea más completo.

Se confirma que es necesaria la firma de la Declaración de Titular Real por la persona con facultad certificante. Si la presentación es telemática, la firma electrónica del archivo que contiene todos los documentos a presentar equivale a la firma individualizada de cada uno de ellos. En el supuesto de la presentación en formato papel, debe garantizarse la autoría de la persona que ha efectuado dicha declaración.

Finalmente, se confirma la obligación de presentar la hoja destinada a los datos generales de identificación por parte la sociedad si la forma de presentación del depósito es en formato papel.

Resolución de 10-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro Mercantil de Badajoz.

SOCIEDAD PROFESIONAL: OBJETO SOCIAL. CONCEPTO DE ACTIVIDAD PROFESIONAL.

SE REVOCA

En el supuesto de la resolución se debate si las actividades que constituyen el objeto de una sociedad ordinaria, no profesional, son las propias de una sociedad profesional —como apunta el registrador— y, en consecuencia, si por ese motivo la sociedad debería constituirse como sociedad profesional.

La Ley indica que para considerar que una sociedad es una sociedad profesional tienen que concurrir dos requisitos. El primero, que se requiera titulación universitaria para el ejercicio de la actividad. El segundo, que para el desempeño de la actividad sea necesaria la inscripción en el Colegio Profesional correspondiente.

La cuestión planteada en la práctica radica en precisar el «concepto de actividad profesional». Diversas resoluciones de la Dirección General indican que la delimitación estatutaria del objeto social, y no las actividades en él comprendidas, es lo determinante a estos efectos.

La configuración jurídica de una profesión tiene lugar cuando el ordenamiento se encarga de delimitar las actividades que la identifican y de exigir la acreditación de determinados conocimientos para su ejercicio y las condiciones en que deba desarrollarse, lo que con frecuencia se producirá sobre una previa tipificación social de la tarea.

Como se desprende de la lectura del artículo 1.1 de la Ley de sociedades profesionales, el ejercicio profesional en común al que pretende someter a sus prescripciones específicas es el referente a unas actividades concretas, objeto de

una configuración legal expresa como «profesiones tituladas» y cuyo ejercicio se halle sometido a colegiación obligatoria.

En el caso que nos ocupa, el registrador, en la nota de calificación impugnada, de un modo genérico, declara que las actividades descritas en los estatutos constituyen actividades profesionales, sin señalar específicamente las que pudieran tener tal carácter, y menos aún indicar la disposición o disposiciones legales de las que derivara el carácter de profesión titulada sometida a colegiación obligatoria.

Pese al silencio de la nota de calificación, el recurrente centra su razonamiento impugnatorio en rebatir que algunas de las actividades indicadas en los estatutos, tales como formación, consultoría y asesoramiento en el campo de la construcción, la ingeniería y la arquitectura tengan el carácter de actividades profesionales a los efectos del artículo 1 de la Ley de sociedades profesionales, alegando que ninguna de esas tareas comporta el ejercicio de la profesión de arquitecto o ingeniero.

Efectivamente, si el mecanismo decisorio del registrador hubiera discurrido por ese cauce, incurriría en el error de confundir la profesión de arquitecto o ingeniero con la prestación de servicios de formación, orientación o consejo para el mejor ejercicio de tales cometidos, cuya responsabilidad en la ejecución correspondería, en todo caso, al profesional destinatario de esos servicios. Respecto de la consultoría, es de observar que se va delimitando paulatinamente como una actividad profesional socialmente tipificada, pero el legislador todavía no ha adoptado la decisión de regularla como una profesión titulada sometida a colegiación obligatoria en ninguna de las modalidades aludidas en el cuestionado artículo 2 de los estatutos sociales de la compañía.

La Dirección General revoca la calificación del registrador por entender que algunas de las actividades indicadas en los estatutos de la sociedad no reúnen los requisitos que deben concurrir para entender que estemos ante una sociedad profesional por no exigir colegiación profesional.

Resolución de 11-3-2021
BOE 24-8-2021
Registro Mercantil de Jaén

**NOMBRAMIENTO AUDITOR DE CUENTAS CONSOLIDADAS. CALIFICACIÓN:
DEBE ANALIZARSE EL CONTENIDO DE CUENTAS YA DEPOSITADAS.**

SE CONFIRMA

El tema planteado en la resolución es si el nombramiento de auditor de unas cuentas anuales que han sido objeto de consolidación voluntaria puede realizarse por el órgano de administración o corresponde necesariamente a la junta general.

Con carácter previo hay que determinar si estamos en un supuesto en que la sociedad está obligada a formular las cuentas anuales consolidadas, o lo hace voluntariamente; aunque en este caso concreto no tenga mayor transcendencia. La registradora hace constar en la nota de calificación que la sociedad está obligada a auditar las cuentas, y ante las alegaciones del recurrente de ser un nombramiento voluntario, señala que esta circunstancia no resulta de la certificación de los acuerdos presentada. Esta Dirección General, en Resolución de 24 de noviembre de 2000, ya expuso que conforme al artículo 18.2 del Código de Comercio, el registrador debe calificar, no solo en base a los documentos pre-

sentados, sino teniendo también en cuenta el contenido del Registro Mercantil; y en concreto, no hace falta expresar que el nombramiento de un auditor para las cuentas individuales de una sociedad es con carácter voluntario, cuando esta circunstancia resulta claramente de las cuentas de ejercicios anteriores que se encuentran depositadas en el Registro Mercantil. Aunque en la certificación no se haya hecho constar el carácter voluntario del nombramiento, atendiendo a las cifras de negocio, número de empleados y activos de la sociedad, resulta que la misma no se encuentra obligada a consolidación, y si lo hace es con carácter voluntario.

En relación a qué órgano de la sociedad tiene la competencia para nombrar al auditor de cuentas, cuando este sea voluntario, debemos distinguir según se trate de cuentas individuales o consolidadas. Para el supuesto de cuentas individuales, la Resolución de esta Dirección General de 20 de junio de 2016, entre otras, atribuye esta competencia al órgano de administración, añadiendo que este nombramiento puede acordarse una vez cerrado el ejercicio a auditar, y con libertad de fijar el plazo o ejercicios para los que se nombra. Pero para las cuentas consolidadas tenemos una disposición legal concreta, y así el artículo 42 del Código de Comercio establece: «(...) 4. La junta general de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas deberá designar a los auditores de cuentas que habrán de controlar las cuentas anuales y el informe de gestión del grupo. Los auditores verificarán la concordancia del informe de gestión con las cuentas anuales consolidadas (...) 6. Lo dispuesto en la presente sección será de aplicación a los casos en que voluntariamente cualquier persona física o jurídica formule y publique cuentas consolidadas». Por ello, y como ya dijo este Centro Directivo en Resolución de 25 de noviembre de 2015, ante la claridad de esta norma, y por más que la consolidación contable haya tenido carácter voluntario, la competencia para su nombramiento corresponde a la junta general.

Resolución de 18-3-2021

BOE 28-4-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII

REQUISITOS DE SOCIEDAD PROFESIONAL. OBJETO SOCIAL: DELIMITACIÓN DE LAS ACTIVIDADES. CONSULTORÍA DE GESTIÓN EMPRESARIAL NO ES ACTIVIDAD PROFESIONAL. ACTIVIDADES CON NORMATIVA ESPECIAL: NO SIEMPRE BASTA LA EXCLUSIÓN GENÉRICA.

SE CONFIRMA PARCIALMENTE

En la resolución se hace referencia a la indeterminación de la nota de calificación y al entendimiento de determinadas actividades, reseñadas con su código CNAE, como profesionales.

El registrador deniega la inscripción indicando en su calificación que el objeto social comprende actividades que tienen el carácter de profesional de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 2/2007 de sociedades profesionales, sin que se especifique que se realizarán en concepto de mediación o intermediación. No concreta, sin embargo, las actividades a las que se refiere.

Es reiterada la doctrina de la Dirección General en la que se indica que el registrador en su calificación debe exponer todos los defectos de los que adolezca

el documento que se pretende inscribir, así como que todos ellos deben estar motivados de forma suficiente, 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 consecuencia de ello, se señala que únicamente deben analizarse en el recurso los motivos impugnatorios que alega la notaría recurrente respecto de la actividad principal del objeto social (consultoría de gestión empresarial), sin que puedan tenerse en cuenta los argumentos que, indebida y extemporáneamente, aduce el registrador en su informe. Con esta perspectiva, el defecto invocado por el registrador en su calificación debe ser revocado, pues no puede entenderse que dicha actividad social esté incluida en el ámbito propio de las sociedades profesionales reguladas por la Ley 2/2007, de 15 de marzo, al no concurrir en ella la exigencia de titulación universitaria para su ejercicio y la necesidad de la inscripción en el Colegio Profesional correspondiente.

En relación con el sometimiento a normativa especial de otras actividades del objeto social, se ha mantenido por este Centro Directivo (*vid.*, por todas, las Resoluciones de 15 de diciembre de 1993 y 30 de abril de 1999, con criterio reiterado en muchas otras posteriores) que es la definición estatutaria del objeto social, y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas, lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la sociedad ha de reunir todos los requisitos que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades que integran el objeto social (arts. 36, 1271, 1666 y 1700.2.º CC y 117 CCO); 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.

Con base en tal doctrina puede ocurrir que la actividad social cuestionada, lícita y posible en términos generales, choque en ocasiones con las limitaciones legales que se imponen para su ejercicio en relación con determinadas ramas o manifestaciones de la misma. De aceptarse la inscripción de la expresión genérica de actividad se incumpliría la previsión legal de permitir la inscripción en el Registro Mercantil exclusivamente de aquellas sociedades que reúnan los requisitos especialmente previstos para el desarrollo de la actividad reservada. Ciertamente, según en los estatutos calificados se especifica que «quedan excluidas todas aquellas actividades sujetas a legislación especial que exija el cumplimiento de requisitos específicos que no reúna la sociedad». Pero esta cláusula no es suficiente para que puedan acceder al Registro todas esas determinadas actividades que se reseñan en la calificación. Entre esas actividades, según la calificación impugnada, se incluyen las referidas como «CNAE N.º 6492 - Otras actividades crediticias», al entender el registrador que inciden en el ámbito de Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, y de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito. Por las mismas razones debe confirmarse la objeción relativa a las actividades designadas como «CNAE núm. 499 - Otros servicios financieros, excepto seguros y fondos de pensiones NCOP». Y es que, en aplicación de la doctrina de esta Dirección General expuesta anteriormente, deben excluirse expresamente aquellos servicios financieros objeto de regulación por la Ley de Mercado de Valores y las demás leyes especiales citadas en la calificación.

En el presente expediente, salvo en las actividades crediticias y financieras incluidas en el objeto social que adolecen de estos requisitos de normativa especial, el resto de las actividades deben ser estimadas y por tanto inscritas.

Resolución 30-3-2021

BOE 28-4-21

Registro Mercantil de Ciudad Real

REDUCCIÓN DE CAPITAL TRAS INTENTO FALLIDO DE VENTA POR IMPAGO DE DIVIDENDOS PASIVOS. AMORTIZACIÓN DE ACCIONES ADQUIRIDAS POR LA PROPIA SOCIEDAD A TÍTULO GRATUITO.

SE REVOCA

Tras una subasta fallida de acciones a instancia de la sociedad por impago de dividendos pasivos pendientes, se amortizan, reduciéndose el capital. En una primera nota de calificación se exigen las publicaciones del acuerdo de reducción y la declaración de inexistencia de oposición de acreedores. Presentado de nuevo el documento, en una segunda nota se rectifica la anterior y se rechaza la inscripción por entender que hay una adquisición a título gratuito de acciones, no habiéndose constituido reserva indisponible por el importe de las acciones amortizadas.

La Dirección General señala que no se ha producido esa adquisición gratuita y en todo caso se trata de supuestos distintos en los que no cabe aplicar la misma regulación.

Recuerda en principio la doctrina reiterada de 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. En el caso que nos ocupa es la calificación tal y como ha sido formulada la que debe ser objeto de análisis, en cuanto considera la registradora que debe constituirse la reserva que establece de la Ley de Sociedades de Capital para el caso de amortización de acciones adquiridas por la propia sociedad a título gratuito.

El análisis debe centrarse en la eventual aplicación del régimen de amortización de las acciones propias adquiridas a título gratuito, recogido en el artículo 335.c) LSC, a la amortización de las acciones parcialmente desembolsadas cuando, por haber sido desatendida la reclamación de los dividendos pasivos, se hubiera intentado infructuosamente su venta por cuenta y riesgo del socio moroso, tal como ordena el artículo 84 LSC.

En el primer supuesto, hay una previa adquisición por la sociedad, a título gratuito, de las acciones objeto de amortización posterior. Concretamente, en el momento inmediatamente anterior a la reducción de capital, la compañía es propietaria de unas acciones propias adquiridas a título gratuito en relación con las que se ha cumplido el principio de aportación; su amortización no comporta ninguna disposición de activos sociales.

Por el contrario, a los efectos que aquí interesan, el supuesto de hecho del artículo 84 de la Ley de Sociedades de Capital se identifica por el fracaso en el intento de cobro de un desembolso pendiente a través del ejercicio del peculiar «*ius distrahendi*» que la norma establece, derecho que, como es propio en los de este género, recae sobre un objeto, las acciones, que no es propiedad de la

compañía y que, por tanto, difícilmente ha podido adquirir a título gratuito. En el trance en que ha procederse a la amortización de las acciones, la formación del capital por aportación sucesiva se ha visto frustrada, y el desembolso inicial, por virtud de lo dispuesto en el segundo párrafo del apartado 2 de este pasaje legal, ha quedado en beneficio de la sociedad sin adscripción a un fondo especial de reserva sometido a algún género de inmovilización; en definitiva, la ley se limita a establecer la obligatoriedad de la reducción de capital ante el intento fallido de venta.

Se estima el recurso por la disparidad de los supuestos de hechos descritos que impide apreciar la concurrencia de una identidad de razón que conmine a someterlos a un mismo régimen (art. 4.1 CC), como confirman las diferencias que separan a ambas regulaciones y su problemática compatibilidad.

Resolución de 13-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII.

CONSTITUCIÓN CIRCE DE UNA SOCIEDAD: ESTATUTOS TIPO.

SE REVOCA

Estamos ante un supuesto en el que se debate si son contradictorios, tal y como refleja la nota de calificación del registrador, los artículos 6 y 8 de los estatutos correspondientes a una sociedad limitada que se pretende constituir al amparo del artículo 15 de la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores e internalización, es decir, a través del Documento Único Electrónico (DUE) y con tramitación CIRCE.

Concretamente la nota de calificación indica que resulta contradictoria la referencia que se hace en el título del artículo 8º de los estatutos en cuanto al modo de deliberar y adoptar acuerdos los órganos colegiados, al no figurar dichos órganos colegiados entre los previstos en el artículo 6. Por ello, el registrador solicita aclaración.

El notario autoriza diligencia subsanatoria en la que indica que el artículo 8º de los estatutos se modifica a «Modo de deliberar y adoptar acuerdos por los órganos sociales».

Así mismo, dicho notario, interpone recurso en el que alega que los estatutos sociales están redactados conforme al anexo I, Estatutos-tipo en formato estandarizado para sociedades de responsabilidad con capital social no inferior a 3000 euros.

La Dirección General señala en principio que un pilar básico para conseguir que el sistema funcione ágilmente es la colaboración entre notarios y registradores mercantiles, y en este caso se ha producido todo lo contrario: el notario no ha hecho constar en la escritura que se trataba de estatutos-tipo, solo dice que se los entrega el compareciente y alude a ellos en la diligencia subsanatoria, ni tampoco que es de aplicación la Ley 14/2013, ni el Real Decreto 421/2015; y el registrador cuestiona la redacción de unos estatutos aprobados por el Real Decreto 421/2015, por estar redactado en plural el epígrafe del artículo 8 «órganos colegiados», para terminar inscribiendo la constitución, en los términos que resultan de la diligencia subsanatoria «órganos sociales», pero que siguen redactados en plural, único defecto alegado por él. Es por ello, y aunque un recurso no pueda parecer

el medio más oportuno, que debe recordarse a ambos su deber de colaboración para conseguir la finalidad prevista en el Real Decreto 421/2015: «necesidad de agilizar el inicio de la actividad emprendedora», y mediante el uso adecuado de los instrumentos regulados en el mismo.

Se estima el recurso por considerar la Dirección General que en la escritura se han limitado a reproducir literalmente el modelo de estatutos-tipo, aprobado por el Real Decreto 421/2015, y no incluir dichos artículos ningún campo de los denominados como variable. Si se hubiera incluido en el artículo 6 de la regulación del consejo de administración, no estaríamos ante unos estatutos-tipo, y, en consecuencia, no se podrían acoger a los beneficios del Real Decreto antes indicado.

Resolución de 14-4-2021

BOE 5-5-2021

Registro Mercantil de Alicante, número IV.

DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTE PARA EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA. DISTRIBUCIÓN DE DIVIDENDOS ENTRE LOS SOCIOS: PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD SIEMPRE QUE NO SE OPONGAN A LAS LEYES NI CONTRADIGAN LOS PRINCIPIOS CONFIGURADORES DEL TIPO SOCIAL ELEGIDO. INSCRIPCIÓN PARCIAL.

SE REVOCA

Se califica con defecto una escritura relativa a la constitución de una sociedad por dos motivos. En primer lugar, por lo dispuesto en el artículo 7 de los estatutos en el último párrafo del punto 5, en donde establece la posibilidad de que cada socio pueda designar un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria, si así lo establecen los respectivos títulos sucesorios, por ser contradictorio con lo dispuesto en el artículo 126 LSC, que establece que hay que designar a una sola persona física para el ejercicio de los derechos de socio y el socio es la comunidad hereditaria.

Este defecto debe ser revocado, según la Dirección General, porque lo que se pretende con esta cláusula es permitir al socio causante —y no al socio cohebero— que en el título que haya de regir su sucesión designe un representante para el ejercicio de los derechos sociales constante la comunidad hereditaria.

El segundo defecto indicado por la registradora afecta al último párrafo del artículo 29 de dichos estatutos en el que se indica que la distribución de los dividendos a los socios no se realizará en proporción a su participación en el capital social, sino que todos los socios tendrán derecho a una misma proporción de dividendos, con independencia de su participación en el capital o de sus derechos de voto; de manera que, una vez aprobada en junta la distribución de dividendos, todos los socios percibirán una parte de los mismos igual entre ellos, dividiéndose así el total a repartir por cada uno de los socios de la entidad, porque contradice el artículo 275 LSC, y, además, esta regla solo puede ser alterada mediante la creación de participaciones privilegiadas en el reparto de dividendos según el artículo 184.2.2.º RRM.

La Ley de Sociedades de Capital, proclamando en materia societaria el principio de la autonomía de la voluntad, establece en su artículo 28 que en el título rector de la sociedad «se podrán incluir, además, todos los pactos y condiciones

que los socios fundadores juzguen conveniente establecer, siempre que no se opongan a las leyes ni contradigan los principios configuradores del tipo social elegido».

Por ello debe admitirse que los estatutos establezcan el reparto de dividendos por sistema exclusivamente «viril» o por «cabezas», como lo estipulado en el presente caso, que no infringe la prohibición de pacto leonino que excluya a uno o más socios de toda parte en las ganancias o en las pérdidas.

Debe tenerse en cuenta que en la sociedad de responsabilidad limitada, y a diferencia de las relaciones con terceros en las que rigen normas imperativas para salvaguardar la garantía que para aquellos comporta el capital social, en las relaciones entre socios se permite el amplio juego de la autonomía de la voluntad para que los estatutos se aparten de las normas dispositivas, como la regulada en el artículo 275 LSC. Dicho lo anterior, como la disposición estatutaria cuestionada no contraviene normas imperativas ni los principios configuradores del tipo social elegido —es decir no contraviene el artículo 23 LSC— y el artículo 184.2.º RRM debe entenderse como una norma dispositiva y no imperativa, este defecto también debe ser revocado.

Finalmente y habiéndose solicitado expresamente la inscripción parcial, la registradora debió de acceder a ella.

Resolución de 15-04-2021

BOE 5-5-2021

Registro de Bienes Muebles de Córdoba.

ARTÍCULO 22 ORDENANZA PARA EL REGISTRO DE VENTA A PLAZOS DE BIENES MUEBLES. CANCELACIÓN DE RESERVA DE DOMINIO CON ENTIDAD ACREEDORA DISUELTA.

SE CONFIRMA

En este expediente se plantea un supuesto de solicitud de cancelación de reserva de dominio a favor de una financiera sobre un vehículo adquirido por el recurrente, sin acompañar consentimiento cancelatorio —con expresión de la causa de la cancelación— por la entidad financiera, ni carta de pago emitida por esta. El recurrente alega que la financiera se ha disuelto.

En el caso que nos ocupa, en el documento presentado en el Registro falta la solicitud emitida por el financiador donde se haga constar la causa que motiva la cancelación de la reserva de dominio que pesa sobre el vehículo, requisito que exige el artículo 22 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999. Es decir, no consta el consentimiento de la persona a cuyo favor figura inscrito el derecho cuya cancelación se pretende. Tampoco se aporta resolución judicial que así lo ordene, conforme al apartado b) de dicho artículo 22.

La forma procedente de cancelar la reserva de dominio, ante la inexistencia de una cláusula convencional de cancelación por caducidad —Resolución de la Dirección General de 28 de mayo de 2018— sería una cancelación expresa por parte de la entidad disuelta —a través de sus liquidadores— o bien a través de la correspondiente resolución judicial (art. 400 Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la LSC en relación a la formalización de actos jurídicos tras la cancelación de la sociedad).

Resolución de 26-4-2021

BOE 19-5-2021

Registro Mercantil de Madrid, número XXIII

ESTATUTOS: RETRIBUCIÓN DEL ADMINISTRADOR POR SERVICIOS PROFESIONALES O LABORALES. CERTIFICACIÓN BANCARIA DE APORTACIÓN DINERARIA NO REQUIERE LEGITIMACIÓN DE FIRMAS. CALIFICACIÓN: INDEPENDENCIA DE CALIFICACIONES ANTERIORES.

SE REVOCA

Se trata de la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en la que en sus estatutos se indica que el cargo de administrador será gratuito, sin perjuicio del pago que pueda hacerse en concepto de honorarios o salarios que pudieran acreditarse frente a la sociedad, en razón de la prestación de servicios profesionales o de vinculación laboral, según sea el caso. Se solicita el despacho parcial del documento. El registrador se opone a la inscripción de la escritura por considerar que deberían 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 todo caso, en los estatutos sociales el sistema de retribución.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, ha afirmado la exigencia de constancia estatutaria del carácter retribuido del cargo de administrador y el sistema de retribución. Igualmente se ha pronunciado la Dirección General en diversas resoluciones de las que resulta que el concreto sistema de retribución de los administradores debe estar claramente establecido en los estatutos.

Por otro lado, las modificaciones introducidas sobre esta materia en la LSC mediante la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica aquella para la mejora del gobierno corporativo, cambiaron los artículos 217 al 219 LSC, incrementado su densidad preceptiva con mantenimiento de los principios caracterizadores del régimen anterior, singularmente la reserva estatutaria y la competencia de la junta general para la fijación de las cuantías, si bien, con relación a estos dos aspectos, introduce la precisión de que el mandato se refiere a los «administradores en su condición de tales». Por otra parte, se añadieron dos apartados al artículo 249 referentes a la retribución de consejeros ejecutivos.

La Resolución de 30 de julio de 2015 de la DGRN diferenciaba dos supuestos en materia de retribución de los administradores. Concretamente, separa la retribución de funciones inherentes al cargo de administrador y la retribución de funciones extrañas a dicho cargo, indicando que la función ejecutiva no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal, sino que tiene un carácter adicional que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro, por lo que la retribución debida por la prestación de esta función ejecutiva no es propio que conste en los estatutos, sino en el contrato de administración que ha de suscribir el pleno del consejo con el consejero.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de febrero de 2018 precisó que la retribución de los administradores que no sean consejeros delegados o ejecutivos se rige por los artículos 217 al 219 LSC, y la de los consejeros

delegados o ejecutivos se rige exclusivamente por el artículo 249 LSC, de modo que a estos últimos no les afecta la reserva estatutaria del artículo 217.

La Dirección General resuelve, en la línea de flexibilidad que en la interpretación de los artículos 217 y 249 LSC patrocina la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2018 y las citadas Resoluciones, que se debe admitir que aun cuando los distintos conceptos retributivos de los consejeros ejecutivos deban constar necesariamente en los estatutos sociales, podrán estos remitirse al contrato que se celebre entre el consejero ejecutivo y la sociedad para que se detalle si se remunerará al mismo por todos o solo por algunos de los conceptos retributivos fijados en los estatutos. Se compatibiliza de esta forma la protección de los socios —se fijan en los estatutos los posibles conceptos retributivos y se aprueba en junta general el importe máximo de remuneración anual del conjunto de los administradores— con la adaptación a las necesidades de la práctica por cuanto se atribuye al consejo de administración la competencia de elegir, caso por caso, entre los distintos conceptos retributivos previstos en los estatutos, aquellos concretos que deben incluirse en el contrato al que se refiere el artículo 249 LSC, sin necesidad de modificación estatutaria alguna.

En el caso que nos ocupa, y en base a la Resolución de 10 de mayo de 2016 de la Dirección General, se debe admitir 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.

Finalmente, a tenor del artículo 63 RRM se debió haber inscrito parcialmente el documento.

El segundo defecto alegado en la calificación del registrador y consecuencia de la aportación dineraria hecha por la sociedad, consiste en que no consta en la escritura quien o quienes son las personas, apoderados del Banco, que expiden la certificación en representación del mismo ni tampoco se puede comprobar la firma electrónica, al venir extendida en papel. Los artículos 62.1 LSC y el 189 RRM establecen que esa acreditación deberá realizarse mediante certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en entidad de crédito, que el notario incorporará a la escritura o mediante su entrega para que aquel lo constituya a nombre de ella. De este modo, se permite que el desembolso se justifique mediante un documento privado, expedido por la entidad de crédito, sin exigencia alguna de legitimación de la firma de quien lo expide ni acreditación de su representación —Resolución de 16 de diciembre de 2015—. Los documentos privados firmados electrónicamente tiene el mismo valor y la eficacia jurídica que los documentos con firma manuscrita, no pudiendo exigir más requisitos a aquellos.

Por otro lado, ante las alegaciones del recurrente indicando que se han inscrito cláusulas estatutarias y escrituras análogas en otros registros se debe indicar conforme a la doctrina de la Dirección General que el registrador no está vinculado en su calificación por otras calificaciones llevadas a cabo por otros registradores o por otras suyas anteriores.

ESTUDIOS
JURISPRUDENCIALES

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

El interés superior del menor y el derecho de retorno de su progenitor*

The best interest of the child and the right of return of their parent

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE**

Profesora titular de Derecho civil. UCM

RESUMEN: Ante la duda de si los Estados miembros están obligados a tener en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre, y, si debe aplicarse el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular; en relación con el artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el TJUE lo interpreta en el sentido de que los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el *interés superior del niño* aunque el destinatario de esta decisión sea el padre del menor.

ABSTRACT: *When in doubt as to whether the Member States are obliged to take into account the best interests of the child before adopting a return decision accompanied by an entry ban, even if the addressee of that decision is not a minor, but his father, and, if article 5 of Directive 2008/115 / EC of the European Parlia-*

* 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, que codirijo.

** Número de investigador: Código ORCID: 0000-0002-2814-6701. Colaboración entregada el 1 de abril de 2020.

ment and of the Council, of December 16, 2008, on common rules and procedures in the Member States for the return of third-country nationals in irregular situation, in relation to article 24 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, the CJEU interprets it to mean that the Member States are obliged to duly take into account the best interests of the child even if the recipient of this decision is the father of the minor.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor. Derecho al respeto de la vida familiar. Menores extranjeros. Decisión de retorno contra un nacional de un tercer país.

KEY WORDS: *Best interest of the minor. Right to respect for family life. Foreign minors. Return decision against a third country national.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DE PROTECCIÓN A LA VIDA FAMILIAR.—II. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SU CONEXIÓN CON EL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR.—III. LOS CONCEPTOS DE «ORDEN PÚBLICO» Y DE «SEGURIDAD PÚBLICA», COMO JUSTIFICACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN O DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS.—IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS APLICADOS.—V. EL MENOR DE EDAD ESPAÑOL A CARGO DEL EXTRANJERO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN Y LA DECISIÓN DE SU EXPULSIÓN.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.—VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO.—IX. LEGISLACIÓN CITADA.

I. INTRODUCCIÓN: EL INTERÉS DEL MENOR Y LA OBLIGACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS DE PROTECCIÓN A LA VIDA FAMILIAR

A lo largo de los últimos años, hemos estado analizando el *interés superior del menor dentro del ámbito familiar*. Hoy vamos a ver como se aplica este principio general en relación con menores extranjeros de países terceros dentro de un estado miembro de la Unión Europea. Por consiguiente, el objeto de análisis de esta pequeña colaboración va a tener como referencia diferentes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)¹ y cómo afecta a las decisiones que se toman por los tribunales de justicia dentro de nuestro derecho interno.

Recordamos cómo el principio del interés superior del menor fue introducido por nuestro Tribunal Supremo, por la Sala Primera en Sentencias, entre otras, de 8 de octubre de 2009, que estableció doctrina señalando los criterios para facilitar la determinación del interés del menor en la atribución de la guarda compartida², o de 11 de marzo de 2010³, donde se examinaba el concepto dentro del entorno de la vida familiar; concretamente, en relación con la práctica anterior de los padres en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores; el número de hijos; el cumplimiento por los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales y con otras personas que convivan en el hogar fami-

liar... Así, por ejemplo, y entre otras, destacamos la importancia del principio de interés superior del menor en la custodia compartida tras la ruptura de los progenitores, como señaló la STS de 16 de febrero de 2015⁴, o en relación con la mala influencia de un progenitor sobre el menor que coincide, además, con el criterio del deseo de este, como en la STS de 11 de abril de 2018⁵.

Principio que no fue hasta 2015 positivizado por la Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la adolescencia, complementada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, siendo introducido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor y que supuso, en su momento, un cambio importante al desarrollar y reforzar el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia. Principio que debe ser ponderado a través de unos criterios establecidos por la propia Ley en su artículo 2⁶.

También el Tribunal Constitucional ha recogido el criterio para su examen, por ejemplo, en el caso del *interés del menor y su derecho a ser oído*⁷.

Pues bien, en el comentario de hoy además de analizar la jurisprudencia emanada del TJUE, vamos a poner nuestra mirada en la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo y veremos como el principio del interés del menor que hasta ahora lo hemos analizado en la esfera interna familiar va a tener un campo de desarrollo en el ámbito del derecho público por la obligación de los poderes públicos de protección a la vida familiar según establece el artículo 39 de la Constitución española.

La cuestión objeto de estudio se debe a la publicación de la STJUE, 11 de marzo de 2021, (asunto C-112/20). El supuesto de hecho de la sentencia se centra en que el 24 de mayo de 2018, se dictó contra M.A. una orden de abandono del territorio belga y una prohibición de entrada. El recurrente declaró tener una pareja de nacionalidad belga y una hija nacida en Bélgica. El Estado señala como fundamento *las infracciones* que el recurrente había cometido en ese territorio y el hecho de que, por tanto, *debía considerarse que el recurrente podía poner en peligro el orden público*.

El Consejo del Contencioso de Extranjería, en Sentencia de 21 de febrero de 2019 desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por M.A. quien el 15 de marzo de 2019, interpuso recurso de casación contra esta sentencia donde alegó que el Consejo del Contencioso de Extranjería consideró erróneamente que su alegación basada en la infracción del artículo 24 de la Carta carecía de interés porque el recurrente no precisaba que actuaba en nombre de su hija menor de edad, que:

- tiene la nacionalidad belga
- no es destinataria de los actos impugnados ante ese tribunal, por lo que carece de legitimidad activa,
- no es necesario que el padre actúe en nombre de su hija para que el interés superior de esta pueda ser defendido.
- para continuar su vida familiar con él, su hija debe abandonar el territorio de la Unión Europea y verse privada del disfrute efectivo de la esencia de los derechos que le confiere el estatuto de ciudadana de la Unión.

El órgano jurisdiccional remitente estima que el Consejo del Contencioso de Extranjería consideró implícitamente que el interés superior del niño solo debe tenerse en cuenta si la decisión administrativa de que se trata se refiere expresamente a ese niño. Señala que la oposición de M.A. a tal afirmación se refiere a

la interpretación del artículo 74/13 de la Ley de 15 de diciembre de 1980 sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, que transpone el artículo 5 de la Directiva 2008/115.

En cambio, el órgano jurisdiccional remitente considera que la obligación del recurrente de impugnar la legalidad de esa decisión en nombre de su hija, para que se tenga en cuenta el interés de esta, pertenece al ámbito de la legitimación activa, que no concierne a la interpretación del Derecho de la Unión.

En conclusión, la duda surge en *si los Estados miembros están obligados a tener debidamente en cuenta el interés superior del niño antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esa decisión no sea un menor, sino su padre.*

II. LA DIRECTIVA 2008/115/CE Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN SU CONEXIÓN CON EL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR

La sentencia del TJUE objeto de análisis resulta ser muy importante porque extiende al ámbito del *orden público*, lo que en principio podría pensarse que es un principio de gran relevancia en el ámbito de derecho privado como es el del *interés superior del menor*.

El TJUE parte de que este principio básico, fue acertadamente recogido no solo en la normativa de la Unión Europea desde 1950 donde se establece en el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, sino en el ámbito internacional como lo demuestra, y así se mantiene, en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

La Directiva 2008/115/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, al desarrollar su articulado tiene la incuestionable obligación de, por un lado, que la principal consideración de los Estados miembros debe ser tener en cuenta este *interés superior del menor coordinándolo con el respeto de la vida familiar*⁸ en la aplicación de la Directiva.

Respeto a la vida familiar que es considerado por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), en su artículo 8.2 como la ausencia de «injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, en cuanto esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

Por otro lado, la Directiva insiste en que en aquellas medidas en las que indirectamente, sean tomadas tanto por las instituciones públicas como por las privadas, y conciernan a los niños, *siempre primará el principio que beneficia al menor* (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, artículo 3.1.^o).

De modo que, la expulsión del progenitor extranjero como consecuencia de las *infracciones por él cometidas en ese territorio y el hecho de que, por tanto, debía considerarse que el recurrente podía poner en peligro el orden público*, son de menor entidad que el respeto a la vida familiar y el interés superior de la menor belga. Máxime teniendo en cuenta que se posibilita el aplazamiento de la expulsión del

extranjero a fin de mantener la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio [art. 14.1.º a) de la Directiva de 2008].

Y previamente, el propio derecho interno, afirma en la Ley sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, de 15 de diciembre de 1980, que «Al adoptar una decisión de expulsión, el ministro o su delegado tendrán en cuenta el interés superior del niño, la vida familiar...» entre otras cuestiones.

Se tiene en cuenta, además, otra decisión del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2018⁹, donde se resuelve que debe tenerse en cuenta el interés superior del niño solo cuando hay una relación de dependencia justificativa de la concesión de un derecho de residencia derivado, según el ciudadano de la Unión sea mayor o menor de edad¹⁰.

III. LOS CONCEPTOS DE «ORDEN PÚBLICO» Y DE «SEGURIDAD PÚBLICA», COMO JUSTIFICACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN AL DERECHO DE RESIDENCIA DE LOS CIUDADANOS DE LA UNIÓN O DE LOS MIEMBROS DE SUS FAMILIAS

Debemos tener en cuenta *los conceptos de «orden público» y de «seguridad pública», como justificación de una excepción al derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión o de los miembros de sus familias.*

Según la doctrina del TJUE, tales conceptos deben ser objeto de una interpretación estricta, de forma que la denegación del derecho de residencia se base en la existencia de una amenaza real, actual y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública, teniendo en cuenta las infracciones penales cometidas por un nacional de un tercer Estado que tiene la guarda exclusiva de unos niños, ciudadanos de la Unión, pues solo de este modo la expulsión sería conforme con el Derecho de la Unión.

Criterios que son tenidos en cuenta por nuestra jurisprudencia como lo pone de manifiesto la STS, Sala Tercera, de 2 de marzo¹¹ en la que se casa y revoca la sentencia del TSJ Andalucía de 27/09/2018 y, estimando el recurso de apelación, revoca la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo 2 de Granada, y reconoce el derecho del recurrente a que se le otorgue una primera autorización de residencia inicial por circunstancias excepcionales de arraigo social *ya que los antecedentes policiales, salvo que por su reiteración y/o gravedad, evidencien que el solicitante representa un peligro para el «orden público» o la «seguridad pública», en el sentido que es interpretado por el TJUE*, no constituyen, sin más, causa de denegación automática de una solicitud como la interesada.

Criterio seguido por la STS, Sala Tercera, de 23 de julio de 2020,¹² en la que se anula la sentencia del TSJ Madrid, sobre la solicitud del permiso de residencia de larga duración con antecedentes penales del solicitante. Determina que *los meros antecedentes policiales no implican que el comportamiento del recurrente constituya una amenaza real, actual y grave para la seguridad o el orden públicos, según la jurisprudencia del TJUE*. Debe rechazarse cualquier automatismo en la aplicación de dichos conceptos, siendo necesaria la individualización en cada caso y debiendo atenderse a la conducta personal del interesado.

En sentido similar, al tratarse de una denegación de una residencia de larga duración por la existencia de antecedentes penales se halla, la STS, Sala Tercera, de 29 de julio.¹³ En ella el Supremo, determina, como lo hiciera a su vez en nuestra sentencia objeto de análisis primordial, la STS 1254/2020, de 5 de octubre, pero

en este supuesto en contra de los intereses del extranjero recurrente, que, *en el caso de existir un hijo menor de edad de nacionalidad española, procede examinar la relación del progenitor con el menor, si tiene la guarda y custodia, si está a su cargo, si cumple el régimen de visitas en su caso, o si contribuye efectivamente a la manutención del hijo.*

IV. PRINCIPIOS Y DERECHOS APLICADOS

Además de los principios del *interés superior del menor*, del *derecho del respeto a la vida familiar*, el principio del *orden público*, y, el de *seguridad pública*, debemos tener en cuenta otros principios y derechos que juegan un papel primordial en la resolución de este tipo de asuntos.

Así, surge el *principio de no devolución* del progenitor, en el supuesto de la sentencia principal objeto de análisis, con base en el interés superior del niño, en la vida familiar y en el *estado de salud*, regulado en el artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

Sin olvidar la importancia del principio de *protección del menor por el Estado*, en conexión con el interés superior del menor, y el *derecho del menor a ser oído en función de su edad y madurez*, teniendo presente el *Derecho del menor a mantener relaciones personales y contactos directos con sus progenitores* (art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

V. EL MENOR DE EDAD ESPAÑOL A CARGO DEL EXTRANJERO RESIDENTE DE LARGA DURACIÓN Y LA DECISIÓN DE SU EXPULSIÓN

El tema objeto de análisis es de gran relevancia para nuestro derecho interno puesto que últimamente son varias las decisiones que nuestro Tribunal Supremo ha tenido que analizar en relación con el asunto tratado por el TJUE.

Así, la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, de 5 de octubre de 2020¹⁴, establece doctrina esencial por indicar que la existencia de un hijo menor de edad español y a cargo del extranjero residente de larga duración incide en la decisión de expulsión *ex* artículo 57.2 de la LOEX, de manera que ha de valorarse si dicha expulsión podría obligar al menor a abandonar el territorio de la Unión, privándole de los derechos inherentes al estatuto de ciudadano de la Unión, en particular el derecho de residencia, circunstancia que corresponde verificar al órgano jurisdiccional, y que podría significar, atendidas las circunstancias de cada caso, ponderando de manera proporcionada el interés superior del niño y la preservación del orden público y la seguridad nacional, la exclusión de la expulsión y no devolución del progenitor, atendiendo no solo al derecho propio sino al derecho derivado en los términos que señala el TJUE en relación con los artículos 20 y 21 del Tratado Fundacional.

Previamente, el mismo ponente, en STS de 30 de septiembre de 2019¹⁵, analizó un supuesto de solicitud de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo familiar, formulada por ciudadano de tercer país invocando su condición de progenitor de menor a su cargo, nacional del Estado de acogida. El Tribunal Supremo señaló la necesidad de valoración de la concurrencia de circunstancias del caso en relación con la efectividad de los

derechos del menor amparados por el Derecho de la Unión, que puedan justificar el reconocimiento de autorización temporal de residencia al nacional de un tercer Estado, miembro de la familia de dicho ciudadano, si no como derecho propio, como derivado del derecho del ciudadano de la Unión. *De lo contrario, se vulneraría el efecto útil de la ciudadanía de la Unión, si, a consecuencia de la denegación de ese derecho, dicho ciudadano se viera obligado de hecho a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, lo que le privaría del disfrute efectivo del contenido esencial de los derechos conferidos por ese estatuto.*

Tal situación, ha de valorarse en cada caso atendiendo a las circunstancias concurrentes, y cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta *el derecho al respeto de la vida privada y familiar*, tal como se enuncia en el artículo 7 de la Carta de Derechos, en relación con la obligación de atender al interés superior del niño, reconocido en el artículo 24.2 de la Carta, de manera que la conclusión denegatoria ha de responder a una apreciación concreta, por parte del órgano jurisdiccional, del conjunto de circunstancias actuales y pertinentes del asunto, a la luz del principio de proporcionalidad, del interés superior del niño y de los derechos fundamentales cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia.

Concretando, además, que cabe la posibilidad de limitación o denegación de la autorización por razones de orden público y la salvaguardia de la seguridad pública, que *ha de ser objeto de interpretación estricta, pero teniendo en cuenta el derecho al respeto de la vida privada y familiar.*

Nuestro Alto Tribunal ya intuía en cierta medida la sentencia y decisión del TJUE objeto de comentario, lo que no hace más que validar la línea jurisprudencial a seguir por nuestro Tribunal.

También se analizan otro tipo de situaciones que han dado lugar a jurisprudencia donde prevalece también el *principio del interés superior del menor y el derecho al respeto a la vida familiar*. Por ejemplo, la STS, Sala Tercera, de 5 de octubre de 2020¹⁶, establece doctrina esencial, en un supuesto de expulsión por estancia irregular, por aplicación del *principio de no devolución, interés del niño, vida familiar y estado de salud* en relación con la valoración de las circunstancias del artículo 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, especialmente en sus apartados a) y b). Directiva que no permite excluir, en este caso, la sanción de expulsión por el supuesto del artículo 53.1.a) de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la LO 2/2009, atendidas las circunstancias del caso en relación con la situación familiar y de convivencia en España.

En este caso se determina que es conforme a Derecho la sanción de expulsión con base en los principios de legalidad y tipicidad, y también la reducción del período de prohibición de entrada al territorio español. La Directiva 2008/115/CE que concreta el Principio de no devolución en su artículo 5, apartados a) y b), no permite excluir, en este caso, la sanción de expulsión por el supuesto del artículo 53.1.a) de la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 2/2009, atendidas las circunstancias del caso en relación con la situación familiar y de convivencia en España. Y ello porque no se ha apreciado una incidencia determinante en la situación familiar y de los menores que permita excluir la aplicación de la sanción de expulsión. Se afirma la existencia de una valoración razonable y proporcionada que se completa con la reducción del período de prohibición de entrada de tres a un año, sin que suponga el reconocimiento de una situación de arraigo familiar¹⁷.

Por ejemplo, la STS, Sala Tercera, 21 de enero de 2019¹⁸, que establece doctrina esencial, determina que, en casos de estancia irregular de extranjero, procede la expulsión y no es sustituible por sanción pecuniaria. Así pues, la sanción aplicable a los extranjeros cuando hayan incurrido en las *conductas tipificadas como graves en el apartado a) del artículo 53.1* de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹⁹, consiste en decretar la expulsión, que, no obstante, podrá no llevarse a efecto cuando concurra alguno de los supuestos de excepción previstos en los apartados 2 a 5 del artículo 6 de la Directiva retorno o, en su caso, de los supuestos del artículo 5 que propicien la aplicación del principio de no devolución. Tales supuestos de excepción, incluido el previsto en el artículo 6.4 de la Directiva, no operan como criterios de ponderación o proporcionalidad a efectos de aplicar alternativamente y de manera sustitutoria la sanción de multa.

VI. CONCLUSIÓN

Los Estados miembros tienen el deber de proteger a los menores, y por ello están obligados a tener debidamente en cuenta el *derecho al respeto de la vida familiar* y el *interés superior del niño*, antes de adoptar una decisión de retorno acompañada de una prohibición de entrada, aun cuando el destinatario de esta decisión no sea un menor, sino su padre.

Derechos que deben tenerse en cuenta independientemente de que el otro progenitor tenga nacionalidad del estado miembro del que se expulsa al progenitor y sea capaz de asumir por sí solo el cuidado diario y efectivo del menor y esté dispuesto a hacerse cargo de él. Prima por consiguiente el respeto a la vida familiar frente al riesgo que separarlo del progenitor nacional de un país tercero entrañaría para el equilibrio del menor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

PEY GONZÁLEZ, J.M.^a: Sistemática jurisprudencial del Tribunal Supremo en extranjería 2020, en *Diario La Ley*, núm. 9803, Sección Dossier, 4 de marzo de 2021, Wolters Kluwer. (La Ley 1919/2021).

VIII. ÍNDICE DE SENTENCIAS CITADAS POR ORDEN CRONOLÓGICO

- STJUE, Sala Décima, Sentencia de 11 de marzo de 2021, C-112/2020. Ponente: CONSTANTINOS LYCOURGOS. (La Ley 6650/2021). ECLI: EU:C:2021:197.
- STJUE, Sala Sexta del TJUE, se ha pronunciado en la Sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/2019. Ponente: MAREK SAFJAN. (La Ley 124049/2020) ECLI: EU:C:2020:807.
- STJUE, Gran Sala, Sentencia de 8 de mayo de 2018, C-82/2016. Ponente: CONSTANTINOS LYCOURGOS. (La Ley 33826/2018). ECLI: EU:C:2018:308.
- STJCE, Gran Sala, Sentencia de 27 de junio de 2006, C-540/2003. Ponente: ALLAN ROSAS (La Ley 88107/2006).

- STC, Pleno, Sentencia 64/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 3442/2018. Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RE (La Ley 52914/2019).
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 94/2010 de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS (La Ley 5294/2010). ECLI: ES:TS:2010:963.
- STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 192180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5969.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, 1254/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 4890/2019 Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA. (La Ley 137966/2020). ECLI: ES:TS:2020:3318.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1253/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 1350/2019. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 137964/2020). ECLI: ES:TS:2020:3316.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1132/2020 de 29 de julio de 2020, Rec. 4687/2019. Ponente: Francisco Javier BORREGO BORREGO. (La Ley 87844/2020). ECLI: ES:TS:2020:2733.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1092/2020 de 23 de julio de 2020, Casación 3698/2019 (La Ley 87866/2020).
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 303/2020, de 2 de marzo de 2020. Casación núm. 871/2019 (La Ley 9915/2020).
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1270/2019 de 30 de septiembre de 2019, Rec. 7101/2018. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 140946/2019). ECLI: ES:TS:2019:3060.
- STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 38/2019 de 21 de enero de 2019, Rec. 4856/2017. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 4027/2019. ECLI: ES:TS:2019:250.

IX. LEGISLACIÓN CITADA

- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma el 4 de noviembre de 1950.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
- Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DO 2008, L 348, 98).
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. (Diario Oficial de la Unión Europea. 30/3/2010.) (2010/C 83/02).
- Observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño.
- Constitución Española, artículo 39.

- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10.
- Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de Modificación del sistema de Protección de la Infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015.
- Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del menor.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria
- Ley belga sobre entrada en el territorio, establecimiento, estancia y expulsión de los extranjeros, de 15 de diciembre de 1980.

NOTAS

¹ El comentario tiene su origen en la reciente STJUE, Sala Décima, Sentencia de 11 de marzo de 2021, C-112/2020. Ponente: Constantinos LYCOURGOS. (La Ley 6650/2021). ECLI: EU:C:2021:197.

² STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 623/2009 de 8 de octubre de 2009, Rec. 1471/2006. Ponente: Encarnación ROCA TRÍAS. (La Ley 192180/2009). ECLI: ES:TS:2009:5969

³ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 94/2010 de 11 de marzo de 2010, Rec. 54/2008. Ponente: ROCA TRÍAS, Encarnación (la Ley 5294/2010). ECLI: ES:TS:2010:963

⁴ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 52/2015 de 16 de febrero de 2015, Rec. 2827/2013. Ponente: José Antonio SEIJAS QUINTANA. (La Ley 4585/2015). ECLI: ES:TS:2015:258. En este supuesto se establece un sistema de custodia compartida a favor de los progenitores sobre su hijo menor por semanas alternas, ya que debe prevalecer el superior interés de este, y ambos progenitores están capacitados para ejercer sus responsabilidades parentales y es más beneficioso para el hijo relacionarse con los dos.

⁵ STS, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 206/2018 de 11 de abril de 2018, Rec. 2568/2017. Ponente: Antonio SALAS CARCELLER. (La Ley 25498/2018). ECLI: ES:TS:2018:1351. En este caso y atendiendo al superior interés de la menor se atribuye al padre la custodia de la hija que hasta ese momento ostentaba la madre. Los informes aconsejan la custodia paterna para evitar a la menor perjuicios que serían irreparables dada la mala influencia que sobre ella ejerce la madre y que se puede revertir estando al cuidado del padre. *El interés de la menor no ha de coincidir necesariamente con su voluntad pues, como en este caso, puede estar condicionada por alguno de los progenitores en perjuicio del otro.*

⁶ A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.

b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.

c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.

d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor; así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.

En otro orden de cuestiones, estos criterios se ponderarán (dice la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:

a) La edad y madurez del menor.

b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar; sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.

c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.

d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.

e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.

f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.

⁷ STC, Pleno, Sentencia 64/2019 de 9 de mayo de 2019, Rec. 3442/2018. Ponente: Fernando VALDÉS DAL-RÉ. (La Ley 52914/2019. El Tribunal Constitucional desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del artículo 18.2.4.^a de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, según el cual la exploración judicial del menor constará en acta detallada, de la que se dará traslado a los interesados para que puedan efectuar alegaciones. Colisión entre el derecho a la intimidad del menor y los derechos garantizados por el artículo 24 CE a las partes en el proceso. La entrega del acta detallada a las partes atiende a la exigencia derivada del principio procesal de contradicción, consagrado en el artículo 24 CE. Es en la celebración de la exploración judicial del menor cuando el juez debe cuidar de preservar la intimidad del menor, velando por que la exploración únicamente verse sobre aquellas cuestiones que guarden estricta relación con el objeto del expediente. Así acotado el desarrollo de la exploración judicial y el contenido del acta, por imperativo del principio de contradicción, el acta ha de ser puesta en conocimiento de las partes para que puedan efectuar sus alegaciones, sin que ello suponga un sacrificio desproporcionado del derecho a la intimidad del menor.

⁸ Derecho que ya se tuvo en cuenta en la STJCE, Gran Sala, Sentencia de 27 de junio de 2006, C-540/2003. Ponente: ALLAN ROSAS. (La Ley 88107/2006) donde se afirmó que no menoscaba el derecho fundamental del respeto de la vida familiar; la obligación de tener en cuenta el interés mejor del menor; o el principio de no discriminación por razón de la edad. Admite la Directiva 2003/86/CE, excepcionalmente, que antes de autorizar la entrada y residencia de un hijo de más de 12 años que llegue independientemente del resto de su familia, el Estado miembro verifique si cumple los criterios de integración que prevé su legislación, y que los Estados miembros exijan que las solicitudes de reagrupación de menores se presenten antes de que cumplan 15 años. Posibilita que dichos Estados requieran que el reagrupante haya residido legalmente en su territorio durante un período de tiempo no superior a 2 años antes de reagrupar a su familia.

El TJCE desestima el recurso de anulación interpuesto por el Parlamento Europeo los artículos 4.1, último párrafo, y 6, y 8 de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

⁹ STJUE, Gran Sala, Sentencia de 8 de mayo de 2018, C-82/2016. Ponente: Constantinos LYCOURGOS. (La Ley 33826/2018). ECLI: EU:C:2018:308

¹⁰ La tercera cuestión prejudicial planteada en este caso, se centra en si debe interpretarse el Derecho de la Unión, y en particular el artículo 5 de la Directiva 2008/115 y los artículos 7 y 24 de la Carta, en el sentido de que se opone a una práctica nacional en virtud de la cual respecto a un nacional de un tercer Estado que ya está sujeto a una prohibición de entrada en vigor se adopta una decisión de expulsión sin tener en cuenta en ese contexto la vida privada y familiar y el interés de los hijos afectados, a los que se ha hecho referencia en una solicitud de [residencia con fines de] reagrupación familiar con un ciudadano de la Unión presentada después de que se haya dictado esa prohibición de entrada.

El TJUE indica que para apreciar el riesgo de que el menor de que se trate, ciudadano de la Unión, se vea obligado a abandonar el territorio de la Unión si a su progenitor, nacional de un país tercero, se le deniega el derecho de residencia en el Estado miembro en cuestión. Corresponde al tribunal remitente determinar, en cada uno de los litigios principales, cuál es el progenitor que asume la guarda y custodia efectiva del menor y si existe una relación de dependencia efectiva entre este y el progenitor nacional de un país tercero. Al examinar estos extremos, las autoridades competentes deben tener en cuenta el derecho al *respeto de la vida familiar*, tal como se reconoce en el artículo 7 de la Carta, que debe *interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño*, reconocido en el artículo 24, apartado 2, de la referida Carta. El hecho de que el progenitor que es nacional de un tercer país viva con el hijo menor que es ciudadano de la Unión *es uno de los factores relevantes que se tomará en consideración para dilucidar si entre ellos existe relación de dependencia, sin que llegue a constituir una condición necesaria*.

Por consiguiente, ha de contestarse que el artículo 5 de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una práctica nacional en virtud de la cual es posible adoptar una decisión de retorno contra un nacional de un tercer país contra el que ya se ha dictado una decisión de retorno, acompañada de una prohibición de entrada en el territorio, que sigue en vigor, *sin tener en cuenta los datos de su vida familiar, y en particular el interés de su hijo menor, mencionados en una solicitud de residencia con fines de reagrupación familiar* presentada después de la adopción de dicha prohibición de entrada en el territorio, salvo cuando tales datos hubieran podido ser invocados previamente por el interesado.

¹¹ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia núm. 303/2020, de 2 de marzo de 2020. Casación núm. 871/2019 (La Ley 9915/2020)

¹² STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1092/2020 de 23 de julio de 2020, Casación 3698/2019 (La Ley 87866/2020).

¹³ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1132/2020 de 29 de julio de 2020, Rec. 4687/2019. Ponente: Francisco Javier BORREGO BORREGO. (La Ley 87844/2020). ECLI: ES:TS:2020:2733.

La doctrina esencial de esta STS indica que para decidir acerca de la solicitud formulada por extranjero de una autorización de residencia de larga duración, se debe considerar, primero, si tiene algún antecedente penal, y si ello ocurre, *considerar la gravedad o el tipo de delito contra el orden público por el que el solicitante fue condenado y si representa un peligro para la sociedad por su conducta*. Y segundo, se debe examinar, además de lo anterior, si el solicitante tiene vínculos con el país de residencia. *Si el solicitante tiene un hijo menor de edad de nacionalidad española, procede examinar la relación del progenitor con el menor, si tiene la guarda y custodia, si está a su cargo, relación con el menor, etcétera*.

¹⁴ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, 1254/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 4890/2019 Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA. (La Ley 137966/2020). ECLI: ES:TS:2020:3318.

¹⁵ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1270/2019 de 30 de septiembre de 2019, Rec. 7101/2018. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 140946/2019). ECLI: ES:TS:2019:3060

¹⁶ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 1253/2020 de 5 de octubre de 2020, Rec. 1350/2019. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 137964/2020). ECLI: ES:TS:2020:3316.

¹⁷ La Sala de lo Contencioso-administrativo del Supremo examina la excepción contemplada en el artículo 5 de la Directiva de retorno. Este precepto, especialmente sus apartados

a) y b), no permite excluir, en el supuesto enjuiciado, la sanción de expulsión, atendidas las circunstancias personales y familiares del recurrente que entró en país en virtud de una carta de invitación de su pareja, eludiendo los requisitos para la reagrupación familiar a que se refiere el artículo 18 de la LOEx. A pesar de ser la estancia autorizada por un plazo de 90 días, el interesado dejó transcurrir el mismo sin llevar a cabo solicitud alguna para la regularización de su situación, ni siquiera por reagrupación familiar. Su pareja e hijos se encontraban de forma legal en España con anterioridad a la entrada del interesado, por lo que la convivencia familiar se redujo a un período de 90 días, y lo fue mediante una actuación realizada en fraude de ley. No existía una previa situación de arraigo familiar en España, pues una cosa es tener familiares en España, y otra que el extranjero pueda alegar arraigo familiar en territorio español, cuando se incoó el expediente sancionador a los 94 días de su entrada en España.

PEY GONZÁLEZ indica como, respeto a esta infracción en concreto (estancia irregular del artículo 53.1.a) LOEx), la Sala Sexta del TJUE, se ha pronunciado en la Sentencia de 8 de octubre de 2020, C-568/2019 Ponente: MAREK SAFJAN. (La Ley 124049/2020) ECLI: EU:C:2020:807, admitiendo que a los extranjeros que se encuentren en esta situación en nuestro país se les pueda imponer nuevamente una multa en lugar de la expulsión.

Así, la Sala del TJUE declara que *«la Directiva de retorno debe interpretarse en el sentido de que, cuando la normativa nacional (como la española), en caso de situación irregular de nacionales de terceros países en el territorio de un Estado miembro, imponga, o bien una sanción de multa, o bien la expulsión, teniendo en cuenta que esta segunda medida solo puede adoptarse si existen circunstancias agravantes en la persona de dichos nacionales, adicionales a su situación irregular, la autoridad nacional competente no podrá basarse directamente en lo dispuesto en la Directiva para adoptar una decisión de retorno y hacer cumplir dicha decisión aun cuando no existan circunstancias agravantes»*. PEY GONZÁLEZ, José M.ª: «Sistemática jurisprudencial del Tribunal Supremo en extranjería 2020», en *Diario La Ley*, núm. 9803, Sección Dossier, 4 de marzo de 2021, Wolters Kluwer. (La Ley 1919/2021).

¹⁸ STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5.ª, Sentencia 38/2019 de 21 de enero de 2019, Rec. 4856/2017. Ponente: Octavio Juan HERRERO PINA (La Ley 4027/2019. ECLI: ES:TS:2019:250).

¹⁹ Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

1.2. Derecho de Familia

Las medidas voluntarias de apoyo en la Ley 8/2021, de 2 de junio: los poderes y mandatos preventivos

Voluntary support measures in Law 8/2021 of June 2: preventive powers and mandates

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT

Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

RESUMEN: Recientemente, se ha aprobado la Ley 8/2021, de 2 de junio por la que se modifican un número importante de preceptos del Código civil y de otras normas sustantivas y adjetivas. En concreto, se da una nueva regulación a los apoderamientos y mandatos preventivos como medidas voluntarias de apoyo de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. El presente estudio se va a centrar en analizar su régimen jurídico.

ABSTRACT: *Law 8/2021, of June 2 has recently been approved, modifying numerous precepts of the civil code and other substantives and adjectives laws. Specifically, a new regulation is give to preventive power and mandates as voluntary support measures for the person with disabilities in the exercise of their legal capacity. This study is going to center on the critical legal analysis of its legal regime.*

PALABRAS CLAVE: Poder. Mandato. Medidas voluntarias de apoyo. Capacidad jurídica. Personas con discapacidad. Voluntad. Deseos. Autonomía de individuo. Curatela.

KEY WORDS: *Power. Mandate. Voluntary support measures. Legal capacity. People with disabilities. Will. Wishes. Autonomy of the individual. Curatorship.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. INSTITUCIONES JURÍDICAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS: 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO. 2. NATURALEZA JURÍDICA. 3. MODALIDADES. 4. RÉGIMEN JURÍDICO: A) *Elementos personales.* B) *Elementos reales.* C) *Contenido.* D) *Extinción.* E) *Eficacia, publicidad y revisión.*—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Constitución española en su artículo 10 se refiere al libre desarrollo de la personalidad del individuo, el respeto a su dignidad como persona y la primacía

de su autonomía en la toma de decisiones; el artículo 14 al principio de igualdad ante la Ley de todas las personas, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal; y en sus artículos 49 y 50 alude a la atención de las personas con discapacidad y personas mayores mediante un sistema de servicios sociales promovido por los poderes públicos para el bienestar de los ciudadanos y garantizando un sistema de pensiones adecuados y periódicamente actualizadas.

Pues bien, la autonomía de la voluntad ha tenido tradicionalmente especial operatividad en el campo del derecho patrimonial —contrato y testamento— y no tanto con la misma dimensión en el ámbito del derecho de familia, especialmente, en lo que representa el estatuto jurídico de la persona. Sin embargo, paulatinamente se han ido ampliando las posibilidades de decidir sobre asuntos reservados a este ámbito que hasta ahora quedaban al margen de la libertad del individuo. Fruto de tal cambio fue la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad que, introduce un nuevo sistema de protección sin incapacitación para personas en razón de su discapacidad con relevancia en el ámbito del Derecho civil. Este sistema no depende de la incapacitación, ni constituye un estado civil, y se aplica a quienes estén afectados por una minusvalía psíquica igual o mayor al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65% (art. 2.2). Se tiende hacia un sistema más flexible de protección de las personas con discapacidad, en el que aparte de contener una regulación del patrimonio protegido, posibilita que cualquier individuo pueda organizar de forma anticipada su situación personal y/o patrimonial ante una eventual pérdida progresiva de la capacidad mediante instrumentos como la autotutela y su reflejo en la delación de la tutela, o los apoderamientos o mandatos preventivos —la previsión de no extinción automática del mandato en caso de incapacitación o para el caso de incapacidad (art. 1732.2 CC)—.

Por otra parte, la atención a las personas en situación de dependencia y la promoción de su autonomía personal constituye uno de los principales retos de la política social de los países desarrollados. Tal reto no es otro que atender a las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situaciones de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía. En España, los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia. A ello hay que añadir el fenómeno demográfico denominado «envejecimiento del envejecimiento», es decir, el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años que, se ha duplicado en solo veinte años. A esta realidad, derivada del envejecimiento, debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación que, se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y también por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral. Para reforzar el cuidado de las personas dependientes, que, hasta ahora ha sido asumido por las familias y en especial, por las mujeres, constituyendo lo que se ha dado en denominar el «apoyo informal», se aprueba la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia que regula las condiciones básicas de promoción de la autonomía y atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas.

En este contexto, la regulación del Código civil en materia de incapacitación se ha visto influenciada por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo que fueron aprobados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Ambos textos se refieren a los derechos de las personas con discapacidad y, asimismo, recogen las obligaciones de los Estados parte para promover, proteger y asegurar tales derechos inherentes a la dignidad de las personas. España ratificó la Convención y su Protocolo Facultativo el 21 de abril de 2008, mediante el correspondiente Instrumento de ratificación, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 96.1.º de la Constitución española, y en el artículo 1.5 del Código civil, la Convención pasa a formar parte de nuestro Derecho positivo, debiendo servir incluso de amparo interpretativo de las normas internas¹. El objetivo principal de la Convención no es otro que el de promover, defender y garantizar el «goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad», así como «el respeto de su dignidad inherente» (art. 1.1 de la Convención). Este nuevo instrumento supone la asunción del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos y, asimismo, el disponer de una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas. Se considera personas con discapacidad «*a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás*» (art. 1.2). Entre los grupos de personas a los que se refiere la Convención se encuentran personas dependientes, que solo necesitan asistencia para actividades cotidianas, pero no requieren para nada una sustitución de la capacidad; o de un discapacitado que no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, o de un incapacitado judicialmente, o de un incapaz que, simplemente requiere un complemento por su falta de las facultades de entender y querer. Se puede considerar tal definición como un concepto mínimo y abierto, pues, en el Preámbulo de la Convención se indica que «*se reconoce, además, la diversidad de las personas con discapacidad*», y asimismo, se señala que «*la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que con las demás*» [letra e)], al tiempo que reafirma «*la universalidad, indivisibilidad, interdependencia e interrelación de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, así como la necesidad de garantizar que las personas con discapacidad los ejercen plenamente y sin discriminación*» [letra c)]². La Convención adopta el modelo «social de discapacidad» que sustituye al «modelo médico o rehabilitador», actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente un carácter residual; por lo que, en consecuencia, se veda el modelo de sustitución en la toma de decisiones y se permite «apoyo o asistencia» en dicha toma de decisiones. Asimismo, el propósito de la convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente.

Sobre tales bases, el artículo 12 de la propia Convención, tras afirmar en el apartado primero que «las personas con discapacidad tienen derecho en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica», obliga a los Estados parte a revisar los sistemas legales de guarda vigentes en cinco puntos fundamentales:

1. Al afirmar que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con el resto de hombres y mujeres, en todos los aspectos de la vida. Si bien, el concepto de capacidad jurídica es más amplio que la simple capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones. Por lo que, engloba tanto la titularidad como el ejercicio, esto es, nuestra capacidad jurídica y de obrar. 2. La consagración y reafirmación del derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas con discapacidad no deben recibir un trato discriminatorio por motivos de discapacidad. 3. El establecimiento de un sistema de apoyos para el ejercicio normalizado de la personalidad y la capacidad jurídica, como único admisible en lo sucesivo. De forma que, la prestación de asistencia necesaria para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica, parte fundamentalmente del supuesto de la plena capacidad jurídica, incluso cuando la persona necesite asistencia para ejercerla. 4. La adopción de salvaguardas como garantía de un funcionamiento regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona que, eviten situaciones de abuso e injusticias y permitan el acceso de las personas con discapacidad a derechos patrimoniales básico en igualdad de condiciones con el resto de la población. Las salvaguardas han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias y han de estar sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; y, 5. Revisión de los ordenamientos nacionales que restringen la capacidad jurídica por razón de discapacidad³.

Ciertamente, la Convención introduce importantes novedades en el tratamiento de la discapacidad, además de exigir a los Estados parte que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos⁴.

Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

Precisamente los ajustes razonables definidos por el artículo 2 de la Convención como «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales», exige una adaptación y revisión trasversal de toda la legislación española vigente, que ha de incluir la modificación y/o derogación de las normas de Derecho interno que entren en contradicción con la Convención. Fruto de tal exigencia es la Ley 26/2011, de 1 de agosto de Adaptación normativa de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, —informada favorablemente por el Consejo Nacional de la Discapacidad—, en cuya disposición adicional séptima se encomienda al Gobierno a que en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remita a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que, las demás en todos los aspectos

de la vida. Si bien, en dicho Proyecto de ley se establecerán, asimismo, todas aquellas modificaciones que sean necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que, se precisen. Con posterioridad, el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre derechos de las personas con discapacidad, en la línea marcada por la Ley 26/2011, viene a adaptar la normativa reglamentaria vigente en materia de discapacidad a las directrices de la Convención.

La reforma continuó con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, a la que han de sumarse la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); o las más recientes Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones o la Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad. De ahí, la supresión de los apartados b) y c) del punto primero del artículo 3 de la citada Ley Orgánica 5/1985; quedando redactado el punto segundo del artículo 3 de la siguiente forma: «2. Todas personas podrá ejercer su derecho de sufragio activo, consciente, libre y voluntariamente, cualquiera que sea su forma de comunicarlos y con los medios de apoyo que requiera». Finalmente, se añade una disposición adicional octava con la siguiente redacción «A partir de la entrada en vigor de la Ley de modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General para adaptarla a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, quedan sin efecto las limitaciones en el ejercicio del derecho de sufragio establecidas por resolución judicial fundamentadas jurídicamente en el apartado 3.1 b) y c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, ahora suprimidas. Las personas a las que se les hubiere limitado o anulado su derecho de sufragio por razón de discapacidad quedan integradas plenamente en el mismo por ministerio de la ley».

Por otra parte, cabe destacar que, la Convención reconoce en el apartado q) de su Preámbulo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación. Además, en su artículo 6, relativo a las mujeres y niñas con discapacidad, subraya que los Estados parte reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Por otra parte, el Comité sobre los Derechos para las Personas con Discapacidad, en su Observación General número 1, confirma que las mujeres con discapacidad están sometidas a altas tasas de esterilización forzosa y, a menudo, se les niega el control de su salud reproductiva y toma de decisiones, suponiendo que no son capaces de consentir el sexo. En su Observación General número 3 sobre mujeres y niñas con discapacidad se indica que, algunas formas de violencia, explotación y abuso puede considerarse tratos o penas crueles, e inhumanas o degradantes y una

vulneración de diversos tratados internacionales de derechos humanos. Entre ellas, cabe citar: el embarazo o la esterilización forzada realizada bajo coerción, o de manera involuntaria; todos los procedimientos y la intervenciones médicas realizadas sin el consentimiento libre e informado, incluidos los relacionadas con la anticoncepción y el aborto.

Asimismo, cabe subrayar que el artículo 39 del Convenio del Consejo de Europea sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (Convenio de Estambul), en vigor en España desde 2014 prohíbe expresamente las esterilizaciones forzadas. Ciertamente según datos del Consejo General del Poder Judicial en España la esterilización forzada es una práctica muy extendida. De ahí, la aprobación de la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre de modificación del Código Penal para la erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente. Para ello, se suprime el párrafo segundo del artículo 156 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal que disponía expresamente que «no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento al que se refiere el párrafo anterior, siempre que se trate de supuestos excepcionales en lo que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos, a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado, todo ello con arreglo a lo establecido en la legislación civil». También queda derogada la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En este contexto de reforma, el Comité sobre los Derechos de la Persona con discapacidad en varias observaciones ha recomendado al Estado español que revise las leyes que regulan la guarda y la tutela, y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia en la toma de decisiones que, respeten la autonomía, la voluntad, y las preferencias de las personas con discapacidad.

También, en coherencia, con lo dispuesto en la Convención, la Ley 1/2009, de 25 de marzo en su disposición final primera rubricada como «Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar» establece que: *«El Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006».*

Pues bien, la normativa sustantiva y procesal existente en el Código civil tras la reforma operada por la Ley 13/1983, de 24 de octubre de reforma de la tutela, parte de la existencia de una sentencia de incapacitación por la que se declara la incapacidad total o parcial de la persona y, el nombramiento de la correspondiente institución tutelar que, puede tener lugar en la misma sentencia de incapacitación (arts. 759.2 y 760.2 de la LEC). Según dispone el artículo 225 del Código civil la protección de la persona podrá tener lugar por una de las instituciones tutelares reconocidas en nuestro derecho civil. A saber, la tutela, curatela y defensor judicial, a las que hemos de añadir, la patria potestad prorrogada o rehabilitada y la guarda de hecho. Cabe preguntarse ¿es compatible el actual sistema de guarda y protección de las personas con el artículo 12 de la Convención Internacional? La respuesta afirmativa la tenemos en la Sentencia del

Pleno de la Sala de lo Civil, del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009⁵, que tras un estudio de derecho comparado sobre los sistemas protectores existentes en otros ordenamientos cercanos a nuestro entorno, y, atendiendo a la propia doctrina de la Sala Primera, y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2002, de 9 de octubre⁶, ha determinado en su *Fundamento de Derecho séptimo* que: «El sistema de protección establecido en el Código civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código civil, y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permite ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada»⁷. Doctrina que se reitera en las Sentencias de este mismo Alto Tribunal y Sala, (Pleno) 29 de septiembre de 2009⁸; de 11 de octubre de 2012⁹; de 1 de julio de 2014¹⁰; de 20 de octubre de 2014¹¹; de 14 y 20 de octubre de 2015¹²; de 4 de noviembre de 2015¹³; 17 de diciembre de 2015¹⁴; y, de 4 de abril de 2017¹⁵. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013¹⁶ pone de manifiesto que «no se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta. Lo que se cuestiona en este caso es en qué manera se encuentra afectado D. Camilo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permiten hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, más allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que, tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocida en la Convención. Sin duda, continúa la resolución señalado que: «una situación como esta no permite ante un mismo status social, del que se disfruta en un régimen de absoluta normalidad, pero tampoco lo anula. Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás permitiéndoles el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, siempre en el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen como precisa el artículo 12». A tales medidas de apoyo también se refiere la Sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil de 27 de noviembre de 2014¹⁷ que, permiten al discapaz ejercer su capacidad jurídica. Apoyos que, recalca la Convención de Nueva York no enumera ni acota, pero que se podrán tomar en todos los aspectos de la vida, tanto personales como económicos y sociales, para, en definitiva, procurar una normalización de la vía de las personas con discapacidad, evitar una vulneración sistemática de sus derechos y procurar una participación efectiva en la sociedad, pasando de un régimen de sustitución en la adopción de decisiones a otro basado en el apoyo

para tomarlas que, sigue reconociendo a estas personas iguales ante la ley, con personalidad y capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida y en igualdad de condiciones con los demás, como se ha dicho en el Informe del Comité sobre los Derechos de las personas con discapacidad (11.º periodo de sesiones, de 31 de marzo al 11 de abril de 2014) sobre el contenido normativo del artículo 12 de la Convención». Se trata de un traje o trajes a medida y ello exige, como precisa la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de marzo de 2018¹⁸ «la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, o que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que resulten necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio o interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones».

En esta línea, se vuelve a pronunciar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2014¹⁹ «lo que se cuestiona en este caso es de qué manera se encuentra afectado D. Segundo para adoptar la medida que sea más favorable a su interés y como puede evitarse una posible disfunción en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal se tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, poder cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso». Por su parte, la Sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 1 de julio de 2014²⁰ destaca que el curador no suplente la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza, completando su deficiente capacidad.

Asimismo, incide la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015²¹ en la interpretación de la curatela a la luz de la Convención de Nueva York desde un modelo de apoyo y asistencia y del principio de interés de la persona con discapacidad que, manteniendo la personalidad requiere un complemento de su capacidad. A la necesidad de contar con el interés de la persona con discapacidad para determinar quién, de entre las personas llamadas por la Ley es la más idónea para ejercer el cargo de curador, se expresa la Sentencia de este Alto Tribunal y Sala, de 16 de mayo de 2017²². En esta línea, la Sentencia de este Tribunal y Sala, de 17 de diciembre de 2015²³ tras destacar que «esta persona sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que las cautelas que se imponen son solo una forma de protección, y, de otro, que estas medidas no son discriminatorias porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuya patología no le permite ejercer sus derechos como tal porque le impide autogobernarse; medidas que no son contrarias a los principios establecidos en la Convención, ni constituyen una violación del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española, al tratar de forma distinta a los que tienen capacidad para regir su persona y bienes y aquellas otras personas que por sus condiciones no pueden gobernarse por sí mismas. La razón se encuentra, en que el término de comparación es diferente lo que, como ocurre en este caso, determina que se le proporcione un sistema de protección, no de exclusión. Esto está de acuerdo con el principio de tutela de la persona, tal como impone por

otra parte el artículo 49 de la Constitución española». De ahí que, se indique que, la curatela es una forma de protección ante la falta de autogobierno. Se trata de una medida no discriminatoria ni de exclusión, adecuada al estado de salud y no contraria a los principios establecidos en la Convención de Nueva York.

Califica a la curatela como órgano estable y asistencial, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 18 de diciembre de 2015²⁴. Igualmente, la Sentencia de 20 de febrero de 2020²⁵ destaca que, la curatela es una institución flexible que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en que esté llamada a prestarse. Por lo que se trata de una medida proporcional con su situación médica y personal, constituyendo una salvaguarda adecuada y efectiva que, respeta su autonomía e independencia individual, sin menoscabo de la protección de sus intereses.

Se alude, de nuevo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de mayo de 2015²⁶ al hecho que la incapacitación ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Se trata de un traje a medida que, implica que se tenga un conocimiento preciso de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida pueda cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinadas actuaciones. Para lograr este traje a medida, es necesario que el tribunal de instancia que, deba decidir adquiriera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa de protección y ayuda.

En este contexto, señalan las Sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de mayo, 27 de septiembre y 8 de noviembre de 2017²⁷; de 7 de febrero de 2018²⁸; de 19 de febrero y 3 de diciembre de 2020²⁹ que, el sistema de apoyos a que alude la Convención está integrado por la tutela y la curatela que, junto a otras figuras, como la guarda de hecho y el defensor judicial que, también pueden resultar eficaces para la protección de la persona en muchos supuestos. Todas ellas deben interpretarse conforme a los principios de la Convención. La tutela es la forma de apoyo más intensa que puede resultar necesaria cuando la persona con discapacidad, no puede tomar decisiones en los asuntos de su incumbencia, ni por sí misma ni tampoco con el apoyo de otras personas. La curatela, en cambio, es una institución flexible, que se caracteriza por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que está llamada a prestarse.

Desde tal perspectiva ha evolucionado la doctrinal jurisprudencial del Tribunal Supremo en aras a una flexibilización a la hora de determinar la situación personal y patrimonial de la persona, destacando que, se ha de lograr un «traje a medida» no de talla única, mediante la determinación de los concretos apoyos necesarios para que la persona pueda ejercer su autonomía conservando su dignidad como ser humano; y asimismo, se indica que, integran en el sistema de apoyos de la Convención figuras jurídicas como la tutela, curatela, guarda de hecho y el defensor judicial. En efecto, es obvia la manifestación de la dignidad humana, la facultad de autodeterminación, de ser protagonista de la propia

existencia, de adoptar las decisiones más trascendentes relacionadas con nuestro curso vital y de vivir conforme a nuestros deseos, sentimientos y aptitudes en la medida en que podamos satisfacerlos. En congruencia con ello, las personas con discapacidad representan mayores autónomos, que pueden elegir la forma en la que desean vivir en coherencia con sus creencia y valores.

Atendiendo a lo expuesto, y aun esta tendencia jurisprudencial, se impone un cambio de un sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones y participar en el diseño de las medidas de apoyo que se le apliquen; frente al hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que, afectan a las personas con discapacidad. En consecuencia, operando sobre medidas de apoyo voluntario y ante medidas judiciales, se opta preferentemente por la curatela como medida de apoyo más flexible y favorable al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en su labor asistencial y, excepcionalmente, en la asunción de las funciones representativas. El sistema de apoyo, en consecuencia, no ha de ser rígido, ni estándar sino que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona, además de ser una situación revisable. Responde a una valoración concreta de la personas. En definitiva, a situaciones diversas medidas individualizadas diferentes.

En este contexto, el modelo denominado «social de discapacidad» que adopta el artículo 12 de la Convención, mediante el cual las personas que resulten afectadas por la modificación de su capacidad, han de disponer de los apoyos o de la asistencia necesaria para la toma de decisiones concretas; de tal modo que, no se les prive de su capacidad de forma absoluta, lo que supone no solo la aproximación de los conceptos de capacidad jurídica y de obrar, sino que incide en la regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en el tradicional modelo de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Este sistema de apoyos se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que, ha de realizar, como un «traje a medida». Si bien, habrá tantos como personas necesiten de apoyos, pues, nos encontramos en un marco graduable y abierto a todas las posibilidades que, puedan adoptarse en función de las necesidades y circunstancias de la persona discapacitada y que, resulten precisas para la toma de decisiones tanto en lo referente a su ámbito personal como patrimonial. En todo caso, cualquier medida de apoyo debe ser acordada por el órgano judicial atendiendo precisamente a las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada. Así, el juez, dando prevalencia a la autonomía de su voluntad, deberá establecer aquellas medidas de apoyo que resulten necesarias conforme al interés de la persona discapacitada. Sobre tales bases, no puede resultar contrario a la Convención, considerar también como medida adecuada de «apoyo» la incapacitación judicial, y, por ende, la adopción de un sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, si bien, confiriéndole un carácter residual, —sobre todo cuando se adopta un sistema de protección como la tutela—. Por lo que su adopción como tal medida solo ha de operar cuando sea necesaria para asegurar la adecuada protección de la persona en una situación permanente de falta de autogobierno, consecuencia de una enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico persistente³⁰. No obstante, se deberá determinar en la correspondiente sentencia la extensión y límites de aquella y, siempre deberá tratarse de una medida revisable.

En este trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno, participa 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 recientemente aprobada y cuya entrada en vigor tendrá lugar el 3 de septiembre de 2021³¹.

Esta nueva regulación está inspirada, como el artículo 10 de la Constitución española dispone, en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Al respecto, ha de tomarse en consideración que, como ha puesto en evidencia la Observación General del Comité de Expertos de las Naciones Unidas elaborada en 2014, dicha capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos como la legitimación para ejercitarlos. Por lo que se unifica en torno al concepto de capacidad jurídica —tanto nuestra capacidad jurídica como la de obrar—.

Consta de siete artículos, una disposición adicional única, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria única y tres disposiciones finales.

El artículo primero modifica la Ley del Notariado con siete apartados; el artículo segundo, con sesenta y siete apartados, modifica el Código civil; el artículo tercero afecta a la Ley Hipotecaria y consta de seis apartados; el artículo cuarto reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), con veintiocho apartados; el artículo quinto modifica la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y se distribuye en cinco apartados; el artículo sexto modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, y se distribuye en diez apartados; finalmente, el artículo séptimo, referido a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), se estructura en diecinueve apartados.

La reforma que el artículo segundo introduce en el Código civil, es la más extensa y de mayor calado, pues sienta las bases del nuevo sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, el cual informa toda la norma y se extrapola a través de las demás modificaciones legales al resto de la legislación civil y la procesal. Se adoptan dos medidas de apoyo: por un lado, las voluntarias o preventivas, basadas en la voluntad de la persona y que se adoptan *ex ante* por el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo que, son: los poderes y mandatos preventivos y la autocuratela; y, por otro, medidas legales o judiciales, cuando no se haya previsto por el interesado ninguna medida voluntaria o mandatos preventivos anticipadamente, pero resulte necesario adoptar una concreta medida de apoyo: la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. Se propone, por tanto, un sistema plural de apoyos y medidas de protección para la persona con discapacidad, de acuerdo con los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, de carácter alternativo y con el objeto de ofrecer una adecuado «traje a medida» que proteja o, en su caso, salvaguarde en un momento determinado y para concretos actos los intereses personales y patrimoniales de las personas³².

Asimismo, se configura el régimen jurídico de la discapacidad —en especial de la discapacidad intelectual—, partiendo del reconocimiento de una capacidad jurídica en todas las personas y su ejercicio en igualdad de trato, tanto en la esfera personal como patrimonial, además de dotar de un protagonismo destacado a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad en la adopción y el diseño de medidas de apoyo en el caso de ser necesarias y proporcionadas a las circunstancias personales de cada individuo. Abandonando, con ello, la consideración de la incapacitación como estado civil y el excesivo «paternalismo» que hasta el día de hoy exhibe la regulación de las instituciones de guarda en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil³³. En esencia, con esta futura regulación no se acomete un simple cambio terminológico de las diferentes instituciones tutelares, sino que se procede a una reforma integral del Código civil en relación con esta materia, como, igualmente, de otras normas de carácter privado sustantivo y procesal, haciendo efectivo los postulados contenidos en la Constitución española y en la Convención de Nueva York.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en las medidas de apoyo voluntarias reguladas en nuestro Código civil tras la reforma operada por la citada Ley 8/2021, en concreto, en el análisis de los apoderamientos y mandatos preventivos.

II. INSTITUCIONES JURÍDICAS DE APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El título XI del libro primero del Código civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», no siendo el elemento sobre el que se va a sustentar la nueva regulación, ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni tampoco la modificación de una capacidad que, resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede variarse.

Como hemos indicado, no se trata de una reforma que implique un simple cambio terminológico en que se sustituyan los tradicionales términos de «incapacidad» e «incapacitación» por otros más precisos como medidas de apoyo, capacidad modificada judicialmente, sino que se procede a una regulación completa de las medidas de apoyo, siguiendo los principios de la Convención de Nueva York, institucionalizándolas como medidas suficientes y adecuadas para la protección de la persona con discapacidad y dando preferencia a las medidas preventivas establecidas por el propio interesado, al primar en la configuración de estas y aquellas la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. En la actualidad —en concreto hasta el entrada en vigor de la citada Ley 8/2021— solo si concurre alguna causa de incapacitación establecida en el artículo 199 del Código civil, se declarará incapacitada la persona por sentencia judicial tras el pertinente proceso de incapacitación con las garantías procesales oportunas (art. 200 CC)³⁴. Con la nueva reforma se sustituye la incapacitación y el nombramiento en caso de tutor o curador, según sea la incapacitación total o parcial, por aquellas medidas de apoyo que necesite la persona con discapacidad —sea esta psíquica, preferentemente, o física—³⁵.

De forma que, en la reformas del Código civil en materia de discapacidad, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise. Como recuerda la citada Observación General de 2014, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la

comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso que, en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, pueda adoptarse medidas de apoyo representativas en la toma de decisiones. Es importante señalar también que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria —aseo, salud, comunicaciones, actos económicos cotidianos o de escasa cuantía, control y atención de tratamientos médicos, etc.—. Ahora bien, el término discapacidad incluye, como hemos manifestado, tanto la intelectual como la física o sensorial —personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas³⁶. Para MARÍN VELARDE propone personas con discapacidad: «aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que, al interactuar con barreras de diferente naturaleza, les impiden la plena participación en la sociedad y el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad»³⁷.

Se trata de medidas de apoyo necesarias para aquellas personas mayores de edad o menores emancipados que las precisen para ejercer su capacidad jurídica y que tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desarrollo jurídico en condiciones de igualdad. Además estarán inspiradas en el respeto a la dignidad de las personas y en la tutela de sus derechos fundamentales (art. 249.1 CC).

Tales medidas de apoyo pueden ser de origen legal o judicial y voluntarias. Solo aquellas procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona que se trate³⁸. Por tanto, en la nueva regulación, se otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas (voluntarias), esto es, a las que puede tomar el interesado en previsión de una futura necesidad de apoyo, las cuales han de prevalecer, una vez, constatada la necesidad de apoyo. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autotutela. Ciertamente, la voluntad de la persona con discapacidad constituye la base fundamental sobre la que se sustenta el diseño de los modelos de apoyo³⁹.

En todo caso, las instituciones jurídicas de apoyo, legales o judiciales, que precisen las personas para el ejercicio de su capacidad jurídica, son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial. El guardador de hecho es una medida informal de apoyo que, puede existir cuando no haya medidas voluntarias o judiciales que se estén aplicando eficazmente.

Por el contrario, la curatela representa una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado.

Su extensión vendrá fijada en la correspondiente resolución judicial atendiendo a la situación y circunstancias de la persona con discapacidad y a sus necesidades de apoyo. Es objeto de una regulación más detallada y constituye la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, en sustitución de la tutela que, solo se aplica a los menores de edad no emancipados.

El nombramiento de defensor judicial también definida como medida formal de apoyo, procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o en caso de situación de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que precisa apoyo. Si bien, para esta primera

función se podría haber planteado el nombramiento de un asistente, como se regula en el Código civil catalán la asistencia.

En principio, operan sobre una base asistencial, procurando que la persona con discapacidad pueda participar en el propio proceso de toma de decisiones, siendo necesario para ello que, se le informe adecuadamente, se le ayude a la comprensión de la misma y se facilite la forma de expresar sus deseos, preferencia y voluntad. Solo en casos excepcionales, podrán asumir funciones representativas, cuando no sea posible que la persona con discapacidad pueda participar en la toma de decisiones, pues no es posible determinar la voluntad, deseos y preferencia de la persona. En este caso, el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que hubiera adoptado la propia persona en caso de no requerir representación.

En todo caso, las medidas de apoyo necesarias que se establezcan a favor de las personas mayores de edad o menores emancipadas, cuando las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, tienen como finalidad el desarrollo pleno de su personalidad, y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad con respecto a otras personas (art. 249 CC).

De ahí que, estas medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto de la voluntad de la persona; en su dignidad; y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Como hemos señalado, la función de las instituciones de apoyo, como regla general, consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias y su participación en la toma de decisiones que le afecte; lo que resulta esencial. Alcanza el término discapacidad —intelectual y física— y se parte del hecho que las personas con discapacidad tienen plena capacidad jurídica, si bien, pueden necesitar algún apoyo para el ejercicio de la misma —lo que en nuestro ordenamiento conocemos como capacidad de obrar—. La capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de derechos (capacidad jurídica) y la posibilidad de ejercitar las relaciones de la que es titular (capacidad de obrar). La capacidad jurídica abarca la dimensión estática (capacidad jurídica en sentido técnico restringido) y la dimensión dinámica (capacidad de obrar)⁴⁰. Además el respeto a la voluntad, deseos y preferencias debe primar por encima del interés de las personas con discapacidad⁴¹; si bien, dicho interés puede ser tenido en cuenta por el juez atendiendo a las circunstancias del caso. El interés superior de la persona actúa como guía en la adopción de las medidas de apoyo junto con la voluntad⁴² y se trata de uno de los principios que preside la Convención, pese a la no mención expresa en la misma⁴³. En todo caso, el interés de la persona con discapacidad si entra en colisión con el interés de otras personas, aquel tendrá primacía o preferencia sobre este. Además la autonomía de la persona con discapacidad en la toma de decisiones implica un poder de autoregulación lo suficientemente amplio como para abarcar un campo de actuación más extenso que el de la autonomía negocial⁴⁴. No obstante, para GARCÍA RUBIO el planteamiento de base debe hacerse «en la inteligencia que, como regla general, es la persona con discapacidad y solo ella quien puede considerarse encargada de decidir cuál es su interés, incluso aunque se equivoque, pues, las personas con discapacidad tienen el mismo derecho a equivocarse que todas las demás»⁴⁵.

Se da preferencia a las disposiciones jurídicas adoptadas por el discapacitado, cuyo control judicial será *ex post*; frente a las medidas legales o judiciales que

solo operaría a falta de estas o cuando fueran insuficientes; la revisión periódica de las medidas de apoyo, con vistas a su posible modificación o supresión; la preferencia por la actuación asistencial más que por la representativa en las medidas de apoyo; y la consideración de la curatela como única medida judicial de apoyo, que por su propia naturaleza puede ser graduable, flexible y adaptable a cada caso concreto⁴⁶. De todas formas, la voluntad y preferencia de las personas, esto es su autonomía puede canalizarse en la elección de las medidas de apoyo que la persona con discapacidad crea más adecuadas y conveniente para su desarrollo personal y actuación patrimonial y, alcanza también a un posible rechazo a las mismas, siendo la autoridad judicial la que, si la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad lo exige, proceder a adoptar aquellas medidas de apoyo que, necesite respetando siempre su voluntad, deseos y preferencias y la mejor interpretación posible de las mismas, pero también teniendo presente su mejor interés⁴⁷.

En todo caso, todas ellas deberán ajustarse a los principios de subsidiariedad, necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

Así, las medidas tomadas por la autoridad judicial en un procedimiento de provisión de apoyos solo operan en defecto o insuficiencia de medidas voluntarias (subsidiariedad); asimismo, todas las medidas de apoyo habrán de ser proporcionadas a las necesidades de la persona que, las precise y con el máximo respeto a su participación en la toma de decisiones; de ahí que, se dé operatividad siempre a su autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica. Por ello, se atenderán, en todo caso y momento, a su voluntad, deseos y preferencias. Asimismo, se ha de procurar la mínima intervención y solo cuando sean necesarias y adaptadas a la situación jurídica de la persona expresada en sus deseos, voluntad y preferencia —«traje o trajes a medida»— y, se considera conveniente que, las medidas de apoyo adoptadas sean revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años y, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que, pueda requerir una modificación de dichas medidas. Ciertamente, se ha de fomentar que, la persona con discapacidad pueda recuperar y ejercer su capacidad jurídica con menos apoyos en el futuro; en aras de dar su máxima prioridad a su capacidad y actuación por sí sola en su ámbito personal y patrimonial.

Ahora bien, además de la voluntad, deseos y preferencias como eje principal en el modelo de apoyos, se ha de atender, como hemos manifestado en líneas precedentes, a la dignidad de la persona; de ahí que, al determinar las medidas de apoyo se debe evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; asimismo, se impide el ejercicio de medidas de apoyo a quienes en virtud de la relación contractual con la persona con discapacidad, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo. En esta línea, se prohíbe a quien desempeñe alguna medida de apoyo —alcanza a las voluntarias y a las legales o judiciales—: 1.º. Recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor. Esta salvedad no estaba prevista en el proyecto inicial presentado en el Congreso de los Diputados; se incluyó en fase de enmiendas. Los regalos de costumbre son regalos que se hacen por usos sociales. El Código civil se refiere en este caso a las liberalidades de uso como «regalos de costumbre». Así se trata de regalos en ciertas ocasiones, cumpleaños, Reyes o por agradecimiento por el trato que le dispensa en el apoyo. Aunque se emplea la disyuntiva «o», entendemos que los regalos de costumbre como los bienes —muebles— sean de escaso valor. También se refiere a los regalos de

costumbre el artículo 1041 apartado 1 del Código civil que, asimismo, objeto de reforma en esta Ley 8/2021 al no sujetarlo a colación⁴⁸; 2.º. Prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses —autocontratación—; 3.º. Adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título —prohibición de transmitir y adquirir— (art. 251 CC)⁴⁹. No obstante, en las medidas de apoyo voluntarias —como el apoderamiento o mandato preventivo— estas prohibiciones pueden no resultar de aplicación, si el otorgante —mandante o poderdante— las ha excluido expresamente en el documento de constitución de las medidas —escritura pública de mandato o apoderamiento preventivo—. Y, en fin, en caso de medidas judiciales de apoyo, la autoridad judicial podrá dictar aquellas salvaguardas que considere necesarias para asegurar que, el ejercicio de las medidas de apoyo adoptadas se ajusten a los criterios de necesidad, proporcionalidad y, que, se atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que, requiere de tal medida (art. 249.4 CC), como, asimismo, la persona con discapacidad podrá prever en las medidas voluntarias de apoyo las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflictos de intereses o influencias indebidas (art. 255.3 CC).

En este contexto, y atendiendo al principio de necesidad y de protección de la personas con discapacidad se prevé que, si una persona se encuentra en una situación que exige un apoyo para el ejercicio de su capacidad de obrar y se constata que es urgente la actuación, y no tiene un guardador de hecho como medida de apoyo, este lo prestará de modo provisional, la entidad pública que en el respectivo territorio tenga la protección de mayores. En todo caso, la entidad deberá poner este hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas (art. 253 CC) —pensamos en, por ejemplo, la Agencia Madrileña de Tutela de Adultos (AMTA) que ofrece protección y apoyo a las personas mayores de 18 años—.

Sobre tales bases, procede indicar que, en esta regulación también se elimina del ámbito de la discapacidad, tanto la tutela como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, por ser estas últimas consideradas figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. Además, se ponen en duda que, los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para ayudar, que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir un mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la situación previsible que el hijo sobreviva a estos; a lo que se ha de añadir que conforme pasa el tiempo y los progenitores se hacen mayores, esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa.

Es por ello que, en la nueva regulación se ha considerado más prudente establecer que, cuando el hijo menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad, se le presten los apoyos, que necesite del mismo modo y por el mismo medio, que se aplique a cualquier otro adulto que los requiera. En este caso, se podrá nombrar a los padres (progenitores) como curadores o como guardadores de hecho.

Así, como analizaremos más adelante, se dispone que, cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un menor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo

que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán en todo caso dando participación al menor en el proceso y atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias (art. 254 CC).

Pues bien, en este breve *excursus* sobre las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica en general, procede indicar que, fuera de las medidas judiciales, hay que destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una institución jurídica de apoyo, dejando de ser una situación provisional, cuando, precisamente, se entiende como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad.

Como hemos indicado, en el nuevo texto se recoge también la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza.

Por otra parte, desde el punto de vista procedimental indicar que el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que, determine los actos para los que la persona con discapacidad requiere el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacidad ni, mucho menos, atendiendo a la regulación y a la futura modificación del Código civil, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos.

Ahora bien, al margen de la discapacidad, por tratarse de una institución absolutamente ajena a ella, se ha regulado expresamente la prodigalidad como situación de la persona que, requiere una asistencia destinada a impedir la realización de conductas desordenadas que, con origen en causas diversas, puedan poner en grave peligro sus intereses patrimoniales, en detrimento del derecho de alimentos de parientes.

Como hemos señalado, la tutela, como institución de guarda, queda reducida su aplicación a los: 1.º Los menores no emancipados en situación de desamparo; 2.º Los menores no emancipados no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). Siguen las funciones tutelares concibiéndose como un deber que, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 200 CC). La autoridad judicial constituirá la tutela mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites previstos legalmente (art. 208 CC).

En todo caso, las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 del Código civil podrán ser acordadas también por el juez en todos los supuestos de tutela de menores, en cuanto lo requiera el interés de estos (art. 200.2 CC).

Por otra parte, el ejercicio de la tutela se regirá por las normas relativas al de la curatela con las particularidades que establecen los artículos 225 a 230 (art. 224 CC); y las causas y procedimientos de remoción y excusa de la tutela serán los mismos que los establecidos para la curatela (art. 223.1 CC). En todo caso, los progenitores podrán en testamento o documento público notarial designar tutor, establecer órganos de fiscalización de la tutela, así como designar las personas que hayan de integrarlos u ordenar cualquier otra disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores (art. 201 CC).

Si, se tratara de menores que estén bajo la tutela de una entidad pública, estas medidas solo podrán ser acordadas por el juez de oficio o a instancia de dicha entidad, del Ministerio Fiscal o del propio menor. La entidad pública será parte en el procedimiento, y las medidas acordadas serán comunicadas a esta, que dará traslado de dicha comunicación al Director del centro residencial o a la familia acogedora (art. 200.3 CC).

En fin, el que disponga de bienes a título gratuito en favor de una persona necesitada de apoyo podrá establecer las reglas de administración y disposición de aquellos, así como designar la persona o personas a las que se encomienden dichas facultades. Las facultades no conferidas al administrador corresponderán al favorecido por la disposición de los bienes, que las ejercerá, en su caso, con el apoyo que proceda (art. 254 CC)⁵⁰. Alcanza a las reglas de administración y disposición de los bienes, así como el nombramiento de la persona del administrador. Si bien, solo las facultades no conferidas al administrador se otorgan al favorecido por la disposición de los bienes, esto es, a la persona necesitada de apoyo. Por lo que su actuación es subsidiaria; en todo lo no atribuido al administrador.

Ahora bien, sobre tales bases, procede, asimismo indicar que, con la Ley 8/2021 se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio de Registro Civil. Así procede la inscripción en el citado Registro: de los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes; las resoluciones judiciales dictada en procedimiento de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad; los actos relativos a la constitución y régimen del patrimonio protegido de las personas con discapacidad; la tutela del menor y la defensa judicial del menor emancipado; las resoluciones judiciales que declaran la prodigalidad y las medidas adoptadas en ellas sobre la asistencia al pródigo; y las declaraciones de concurso de las personas físicas y la intervención o suspensión de sus facultades (art. 4.10.º, 11.º, 12.º, 13.º, 14.º y 15.º).

En cuanto a las resoluciones judiciales dictadas en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que le deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual de la persona afectada. La inscripción expresará la extensión y límites de la provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad. Asimismo se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo (art. 72.1). Tales resoluciones solo serán oponibles frente a terceros cuando se hayan practicado las oportunas inscripciones (art. 73).

Ahora bien, se considera datos protegidos a los efectos del artículo 83.1 b) de la LRC «la discapacidad y las medidas de apoyo». Y solo el inscrito o sus representantes legales, así como el apoderado general o el curador en el caso de una persona con discapacidad, podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan» (art. 84 primer párrafo).

En fin, el artículo 9.6 del Código civil entiende que, la ley aplicable a las medidas de apoyo para personas con discapacidad será el de su residencia habitual. En el caso de residencia en otro Estado, se aplicará la ley de la nueva residencia habitual, sin perjuicio del reconocimiento en España de las medidas de apoyo acordadas en otros Estados. No obstante, será de aplicación la ley española en la adopción de medidas provisionales o urgentes.

III. LOS PODERES Y MANDATOS PREVENTIVOS

1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

El artículo 1732.3 del Código civil, tras la reforma por la Ley 41/2003, incluyó entre las causas de extinción del mandato, la de incapacidad del mandante, si bien, para este último supuesto, se dio la posibilidad de emitir —antes que aquella

tuviera lugar y en previsión de la misma—, una declaración de voluntad en la que se enervan los efectos de tal extinción sobre el poder y optase, en consecuencia por la subsistencia del mandato pese a la incapacidad del mandante (sea esta o no declarada judicialmente) en los términos expresados en el citado precepto. No obstante, la efectiva existencia y duración del poder, dependían, además, de la voluntad del poderdante, de la discrecionalidad de la autoridad judicial⁵¹. No se aprovechó esta reforma para definir el mandato o apoderamiento preventivo, ni tampoco para calificarlos como tal o emplear otra denominación: de ahí que, se deba acudir a la doctrina para ofrecer una adecuada conceptualización del mismo, como para dotarse de una terminología adecuada a su naturaleza. Para MARTÍNEZ GARCÍA que emplea la expresión apoderamiento preventivo es «la declaración de voluntad unilateral y recepticia por la que una persona en previsión de una futura incapacidad más o menos acusada, ordena una delegación más o menos amplia de facultades en otra, para que este pueda actuar válidamente en su nombre». En similares términos, FERNÁNDEZ LOZANO que, los denomina de igual forma, lo define como «el negocio jurídico por el que una persona, en previsión a su —conocida o no— posible incapacidad, otorga a favor de otra u otras personas para que la representen, incluso después de sobrevenida esta y hasta que se declare su extinción por el juez tras la declaración judicial de su incapacidad». De ambas conceptualizaciones, y enlazando con lo que es la naturaleza del apoderamiento preventivo se indican como caracteres del mismo como negocio jurídico: su carácter unilateral, recepticio, revocable, causal, *inter vivos*; su carácter personalísimo, pues solo la persona del poderdante puede otorgar el mismo, sobre la base de la confianza que, le merezca la persona o personas que designe como apoderados y para el caso de mandato representativo su carácter gratuito, por regla general, aunque cabe que se fije una retribución; bilateral o unilateral, precisamente según que sea o no retribuido; y consensual, pues es obligatorio desde que existe el consentimiento. En todo caso, en el citado artículo 1732.3 se concretan las dos modalidades de apoderamiento, por un lado, se alude a la incapacitación sobrevenida del mandante y por otro a la incapacidad del mismo.

Con la Ley 8/2021 tampoco se define el apoderamiento o mandatos preventivos, sí se concreta, como en la anterior regulación, las dos modalidades en que se pueden convenir aquellos. Y, como novedad, se establece una regulación completa de los mismos en el capítulo II «De las medidas voluntarias de apoyo», sección 2.^a «De los poderes y mandatos preventivos», artículos 256 a 262 del Código civil, a la vez que se emplea una denominación «poderes y mandatos preventivos». De forma que, pueden adoptar la forma de mandato o apoderamiento al emplear la copulativa «y» el legislador.

No obstante, la falta de definición no impide su consideración como medida voluntaria de apoyo que, puede ser acordada en escritura pública por cualquier persona mayor de edad o menor emancipada en previsión de que concurren circunstancias futuras que pueda dificultarle en el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que, las demás; alcanzando tales medidas de apoyo tanto a su esfera personal como patrimonial (art. 255.1 CC).

Su fundamento o razón de ser de estas medidas voluntarias de apoyo descansa en el respeto máximo a la autonomía del individuo plasmado en la autorregulación de sus intereses como mejor le parezca, en el desarrollo de su personalidad, dignidad y a la tutela de sus derechos fundamentales.

Se trata de proporcionar al individuo medidas de apoyo que, además de permitirle planificar de forma anticipada la cobertura de sus necesidades vitales, sean operativos cuando no pueda ejercer adecuadamente su capacidad jurídica.

En todo caso, se deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien las determine. Igualmente, aunque se otorguen y resulten eficaces, se procurará la participación de la persona con discapacidad en el propio proceso de toma de decisiones. Recordemos que, es una medida que debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad y que su finalidad es asistencial y solo excepcionalmente representativa.

Sobre tales bases, para PEREÑA VICENTE «si la voluntad de la persona se sitúa en el centro del sistema, los poderes preventivos están llamados a convertirse en una de las institucionales esenciales del mismo»⁵².

2. NATURALEZA JURÍDICA

En la regulación del Código civil tras la reforma por Ley 8/2021 se habla de apoderamiento y mandato, aunque luego en su desarrollo legal solo emplea términos como poderes, poderdante o apoderado.

El apoderamiento como los define LINACERO DE LA FUENTE es «la declaración de voluntad en cuya virtud se concede un poder que legitima a determinada persona para actuar en nombre y por cuenta de otra»⁵³. Así mientras el poder es el título que legitima la representación voluntaria; el apoderamiento constituye el negocio jurídico de concesión del poder. Por su parte, SÁNCHEZ CALERO señala que el apoderamiento «es un negocio jurídico unilateral, en cuya virtud poderdante (representado) otorga poder de representación al apoderado (representante)»⁵⁴.

Se trata de un negocio unilateral —al ser válido con la exclusiva declaración de voluntad del poderdante, no siendo necesaria la aceptación del apoderado—, recepticio —en cuanto la declaración de voluntad ha de ser conocida para que produzca efectos— y no formal, siendo de aplicación los artículos 1278 y 1279 del Código civil; por lo que, el tercero que haya contratado con el apoderado podrá exigir del *dominus* su elevación a escritura pública⁵⁵. En todo caso, el apoderamiento puede ser expreso o tácito, exigiendo de este último un comportamiento relevante del «*dominus*» que determine su función de representante y se reconoce como tal por terceros.

En cuanto a la capacidad para otorgar el poder, se debe acudir o bien, a las normas generales sobre capacidad para celebrar negocios jurídicos *inter vivos*⁵⁶; o se debe tener la capacidad necesaria para celebrar el negocio por el que se apodera al representante. En todo caso, por aplicación del artículo 1716 del Código civil el menor emancipado puede ser representante.

Por otra parte, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1712 y 1713 del Código civil, el poder puede ser general —para todos los asuntos o negocios del representado—, o específico —relativo a uno o varios asuntos o negocios concretos—. Respecto al contenido del poder viene delimitado por las facultades conferidas al representante y están predeterminadas por las instrucciones dadas por el poderdante que vinculan están predeterminadas al apoderado y a los terceros que las conozcan o puedan tener la oportunidad de conocer. En todo caso, el poder concebido en términos generales no comprende más que, los actos de administración y se necesitará mandato expreso «para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier otro acto de riguroso dominio»⁵⁷. Dentro de los actos de riguroso dominio se han de incluir los actos de disposición.

En fin, el negocio de apoderamiento puede concederse solo, o bien vinculado a otro negocio subyacente a la representación como el contrato de mandato. Lo cierto es que las figuras del mandato y poder de representación no coinciden, aun-

que tradicionalmente se les considere unidas. Así puede existir mandato sin que se haya otorgado poder de representación (mandato simple, no representativo); mandato con representación (representativo) en cuyo caso vincula directamente al mandatario al mandante; o, puede el poder de representación implicar no una relación de mandato, sino de otra especie.

Centrándonos brevemente en el mandato, por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o a hacer alguna cosa por cuenta y encargo de otro (art. 1709 CC). SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS lo define como «el contrato por el que una persona (mandatario) se obliga respecto de otra (mandante) a realizar algún acto o negocio jurídico por cuenta de ella»⁵⁸. Se trata, en consecuencia, de un contrato consensual, que puede ser expreso —instrumento público o privado y aún de palabra— o tácito y la aceptación también puede ser expresa o tácita, deducido este último de los actos del mandatario (art. 1710 CC). El mandato es esencialmente gratuito (art. 1711.1 CC); si bien, en caso de pacto, el mandato puede ser retribuido y adquirir el carácter oneroso, presumiéndose con este carácter; si el mandatario tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiere el mandato (art. 1711.2 CC). De ahí que, será el contrato unilateral si es gratuito, y bilateral si es retribuido. En fin, es un contrato basado en la confianza que, el mandante otorga al mandatario, es un contrato *intuitu personae*⁵⁹. Aunque hayan sido nombrados varios mandatarios simultáneamente, su responsabilidad no es solidaria, si no se ha previsto expresamente así (art. 1723 CC).

El mandatario puede actuar en su propio nombre, si bien por cuenta, interés y encargo del mandante, en cuyo caso, estamos ante un mandato simple no representativo. No existirá vinculación entre el mandante y terceros, los cuales solo tendrán acciones contra el mandatario, sin perjuicio de las que puedan derivar de la relación de mandato entre mandante y mandatario (art. 1717 CC). Los efectos del negocio realizado, derivado de la existencia de un mandato, tienen lugar entre mandatario y tercero.

Si el mandatario actúa en nombre del mandante, por el contrario, este sí es para los contratos o actos jurídicos que, gestionados sus intereses, celebra con terceros; por lo que es el mandante quien adquiere los derechos y asume las obligaciones que se deriven de los actos o contratos, debiendo cumplir con las obligaciones que, haya contraído el mandatario dentro de los límites del mandato (art. 1727 CC). En lo que el mandatario se exceda, no queda obligado el mandante sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente. Ratificación que será expresa o tácita. La primera será aquella que se manifieste por medio de documento público o privado o de palabra; la tácita tiene lugar cuando se acepte la actuación personal del mandatario sin hacer uso de la acción de nulidad⁶⁰.

De todas formas, aunque hemos señalado, que es posible el mandato representativo y que las normas que regulan el mandato se pueden aplicar a la relación representativa (poder), la doctrina destaca las diferencias entre ambas figuras jurídicas, así: «1. El mandato como contrato requiere la aceptación expresa o tácita del mandatario, y este queda obligado al cumplimiento del encargo del mandante; mientras que el poder, como acto jurídico unilateral, solo requiere de la declaración de voluntad del poderdante dirigida a terceros, sin que quede obligado el representante; 2. El mandato crea una relación interna de carácter obligacional entre las partes; mientras que el poder es esencialmente una relación externa, en la que o hecho por el apoderado se atribuye al poderdante que, queda vinculado con terceros; 3. El mandato puede ser representativo o no; mientras que el apoderamiento tiene como finalidad la representación»⁶¹. En el mandato

representativo, el mandatorio no solo actúa por cuenta y en interés del mandato, sino también en nombre de este; mientras que el mandato no representativo, el mandatorio actúa por cuenta e interés del mandate, pero no en su nombre. Se aplican las reglas del mandato, y no las de la representación⁶². Y se habla de representación sin poder cuando una persona celebra un negocio representativo sin poder alguno o sin poder bastante. Al representante sin poder se le califica de *falsus procurator*⁶³. El supuesto está previsto en el artículo 1259.2 del Código civil en consonancia con el artículo 1727.2 del mismo cuerpo legal que dispone que «en lo que el mandatario (representante) se haya excedido, no queda obligado el mandate (representado) sino cuando lo ratifica expresa o tácitamente». La ratificación implica una declaración de voluntad, unilateral y recepticia del representando dirigida al tercero contratante, por el que otorga validez al negocio realizado por el *falsus procurator*.

Sobre tales bases, cabe que la medida de apoyo voluntaria que, es el poder o mandato preventivo, adopte ambas modalidades —poder o mandato—. Así puede ser un poder preventivo, un mandato preventivo representativo o un mandato preventivo sin poder o no representativo.

La cuestión es que, si se adopta la figura del apoderamiento como del mandato representativo, ambas figuras descansan sobre una base esencialmente representativa; y, en cambio, se insiste por el legislador que, las medidas de apoyo tienen una base asistencial y, excepcionalmente, funciones representativas, atendiendo a los principios de necesidad y proporcionalidad.

Desde tales planteamientos, más que responder a ambas figuras jurídicas, nos encontramos que, la naturaleza del apoderamiento y mandato preventivo, aunque adopte tal denominación, no debería el apoderado o mandatario asumir una actuación representativa, como forma parte de su esencia; sino que, para este caso, sería más de naturaleza atípica o híbrida operando sobre una base asistencial y en casos excepcionales, con una representativa. Además, el artículo 259 *in fine* del Código civil aplica como reglas supletorias en lo no previsto en el poder, las relativas a la curatela, cuya actuación es, esencialmente, asistencial y no representativa, salvo casos excepcionales. Quizá con esta remisión en lugar de la relativa al contrato de mandato, este precisamente, pensando en esa naturaleza asistencial y no representativa de los poderes y mandatos preventivos. En todo caso, recordemos que con carácter general el artículo 250.2 del Código civil establece como función de las medidas de apoyo en general, la de asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, respetando siempre su voluntad, deseos y preferencias y su participación en el proceso de toma de decisiones, informándola y facilitando que, pueda expresar su voluntad.

Esta falta de concreción en la regulación específica de los poderes y mandatos preventivos en cuanto a su naturaleza, descansa en el hecho que, en las disposiciones generales para todas las medidas de apoyo se especifica que, todas ellas deben ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, y solo se consigue con la asistencia y no con la representación. No obstante, tales exigencias de base no se reiteran en las disposiciones generales de las medidas voluntarias de apoyo. Ahora bien, puede, de nuevo, desconcertar que, el artículo 262 del Código civil señale que, lo dispuesto en este capítulo se aplicará, igualmente, al caso de mandato sin poder; parece que, está pensando en que lo habitual es que, estemos ante un mandato representativo; pero en este caso, atípico al no ser, precisamente, la representación la base sobre la que se sustenta la actuación del mandatario, sino la asistencia al mandante. Aunque seamos reiterativos, la

remisión que hace el citado artículo 259 es a la normativa de la curatela no a la del mandato, esto es, a la base asistencial general sobre la que aquella opera. Tal remisión es a todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante hay determinado otra cosa. Se da con ello preferencia a la voluntad, los deseos de la persona con discapacidad, ajustándose a sus necesidades y solo adoptar medidas de apoyo, cuando su situación jurídica lo requiere. En este contexto, cuando la persona con discapacidad otorga un apoderamiento o mandato preventivo. Si no para que dar preferencia a la voluntad, los deseos de las personas con discapacidad, y adaptarse a sus necesidades, y solo adoptar medidas de apoyo cuando su situación jurídica lo requiera. Si cuando la persona con discapacidad otorga un apoderamiento o mandato preventivo, que le represente en lugar de asistirle, le resulta más favorable la curatela, pues no se parte de una medida de «apoyo» representativa, sino asistencial. Parece que, el legislador ha seguido empleando la denominación que, se ha generalizado en la doctrina y en la anterior reforma, sin aclarar que, si su naturaleza es, necesariamente, la que corresponde con tal calificación, o es, precisamente, una específica derivada de su condición de medida de apoyo. Por tanto, se pasaría de una actuación representativa, a una asistencial bajo la forma de poder o mandato preventivo, por entender el legislador que, es la naturaleza atribuible a todas las figuras jurídicas de apoyo; y, por ende, a las que se adopten como poder o mandato preventivo.

En todo caso, el citado artículo 259 *in fine* del Código civil se aplica, como veremos, a las dos modalidades de mandato o apoderamiento preventivo, siempre que comprenda todos los negocios del poderdante (poder general), remitiendo como supletoria las reglas de la curatela en lo no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya establecido otra cosa. Esto es, puede acordar que, no se aplique como normativa supletoria la curatela, sino la del mandato; si bien, con el señalado alcance asistencial.

Para PEREÑA VICENTE el binomio perfecto sería un mandato con poder, si bien, matiza que «su esencia sigue siendo la de representación y, por tanto, el mecanismo de funcionamiento propio de esta: la sustitución». Y, esta rigidez le lleva a manifestar que «no sea posible afirmar que estamos respondiendo a la exigencia de proporcionalidad de la Convención y del propio proyecto». Por lo que opta por una naturaleza híbrida que participe en parte de la representación voluntaria y en parte de la representación legal y aproveche la flexibilidad propia de esta última que el proyecto reconoce en la curatela»⁶⁴.

Por su parte DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ indica que «un poder o mandato no representativo se compadece mal con el concepto de poder de representación o con el mandato». Y una medida de apoyo de carácter asistencial para el mandato preventivo, entiende la autora que «no está reflejado en el texto del Anteproyecto de Ley y resulta difícil de articular».

En todo caso, el problema descansa en cómo articular la regulación del apoderamiento o mandato preventivo con el principio de proporcionalidad, la naturaleza asistencial de las medidas de apoyo, el fomento de la participación de las personas con discapacidad en la toma de decisiones y la naturaleza representativa del poder o mandato. Se parte de una medida judicial como la curatela con carácter asistencial, como regla general, y excepcionalmente, como representativa; mientras que, si nos atenemos a la naturaleza estricta del mandato o poder, está resultaría ser necesariamente representativa y no asistencial. Ahora bien, estamos ante apoderamientos o mandatos preventivos a los que la ley considera una medida de apoyo voluntaria y el artículo 250.2 del Código civil con carácter general señala que, la función de las medidas de apoyo consistirá en

asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en que sea preciso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias. Dificil articulación de una naturaleza asistencial como medida de apoyo, con una naturaleza representativa sobre la que habitualmente se sustenta el poder o representación con carácter general en el Código civil; a no ser que operemos sobre una configuración específica para este concreto poder o mandato, al ser aplicado a la persona con discapacidad en forma de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (de una figura híbrida en su configuración).

Sea cuál sea la naturaleza de dichos apoderamientos o mandatos preventivos no cabe duda de sus carácter unilateral, pues, su validez y eficacia depende exclusivamente de la voluntad del poderdante o mandante y recepticio, en cuanto se dirigen a la persona que ha de prestar los apoyos en la esfera personal o patrimonial, o en ambas⁶⁵.

3. MODALIDADES

Al igual que, en la regulación anterior, dos son los tipos de poderes y mandatos preventivos que se regulan: 1. El poder actual con cláusula de subsistencia en caso de discapacidad del poderdante: así este podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC) —poder o mandato continuado o con subsistencia de efectos—. En este caso, se otorga un poder normal que legitima al apoderado para actuar en nombre del poderdante. Y este puede revocarlo en cualquier momento y antes de la situación de discapacidad; 2. El poder cuya operatividad y eficacia descansa en una discapacidad futura —poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*—. Así, el poderdante podrá otorgar poder solo para el supuesto de que en el futuro precise apoyo en el ejercicio de su capacidad. Por lo que, su eficacia tendrá lugar en un momento futuro e incierto que, coincide con el comienzo de su vigencia (art. 257 CC). En este caso, para acreditar que se ha producido la situación de necesidad de apoyo se estará a las previsiones determinadas por el poderdante. Por tanto, corresponde a este determinar el momento en que resulta eficaz este poder. Precisamente, la propia norma que para garantizar el cumplimiento de estas previsiones se otorgará, si fuera preciso, acta notarial que, además del juicio del notario, incorpore un informe pericial en el mismo sentido.

Por tanto, la discapacidad se podrá constatar mediante acta notarial que, incorpore el juicio de notario y un informe pericial sobre la situación de discapacidad, dando operatividad al funcionamiento de ambos tipos de poderes. Ciertamente, resulta necesario acreditar la situación de discapacidad del mandante, siendo por ello conveniente que este haya establecido previsiones al efecto por la vía formal señalada. No obstante, MAGARIÑOS BLANCO considera necesario «comunicar al juez la situación de discapacidad del mandante, así como la manifestación del mandatario que el acto que realiza, lo hace ya en nombre de la persona necesitada de apoyo. Por razones de seguridad»⁶⁶.

En todo caso, el papel de asesoramiento del notario en relación con el otorgamiento de estas medidas voluntaria de apoyo, resulta esencial. En todo caso, estas previsiones para la eficacia del poder solo se prevén para la segunda modalidad de poder o mandato preventivo (apoderamiento o mandato *ad cautelam*). En el primer caso, se da por hecho una actuación continua del apoderado o mandatario, aun cuando no pueda ejercer la persona con discapacidad su capacidad jurídica. No obstante, podría plantearse también mediante la correspondiente previsión

al efecto por el poderdante o mandante, el momento en que comienza a operar el poder o mandato con el carácter de preventivo. No podemos olvidar que en toda medida de apoyo la persona discapacitada, en general y, en particular para las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria, además de designar quien debe prestarle apoyo, con qué alcance, también su régimen de actuación o la forma de ejercicio de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, la de determinar su eficacia, esto es, cuando han de ser necesariamente operativas (arts. 250.3 y 255.2 CC).

Ahora bien, tales poderes, como veremos, mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente como si han sido previstas por el propio interesado; no obstante, acreditada la situación de discapacidad resulta poco probable que, el mandante discapaz pueda revocar el poder otorgado.

No obstante, el artículo 262 del Código civil establece que, lo dispuesto en el capítulo II relativo a las medidas voluntarias de apoyo, se aplicará, igualmente, al caso de mandato sin poder. Mandato sin que se haya otorgado poder de representación (mandato simple, no representativo). No se entiende bien esta remisión, a no ser que siga en la línea de excluir la representación. No obstante, como hemos señalado, al representante sin poder se le califica de *falsus procurator*.

4. RÉGIMEN JURÍDICO

A) Elementos personales

El otorgamiento de un apoderamiento preventivo, como manifestamos en líneas precedentes, es un negocio unilateral, pues, únicamente intervienen en su otorgamiento la declaración de voluntad de un sujeto, el poderdante; y los efectos jurídicos de dicha declaración de voluntad afectan, igualmente, solo a la esfera jurídica del poderdante; sin embargo, mediante aquel negocio este otorga poderes y legitima para intervenir en su nombre en el tráfico jurídica a otra persona (apoderado)⁶⁷.

En lógica consecuencia, y de ser, además, un mandato representativo es necesario referirse a los dos sujetos como partes del negocio de apoderamiento, partiendo del hecho fundamental que, la actuación del representante no produce efectos sobre su propia esfera jurídica, sino sobre la del representado, y que el apoderado es también una parte que, participa directamente en la celebración del negocio principal. El Código civil no en el régimen general aplicable a los apoderamientos o al contrato de mandato, ni al específico del poder o mandato preventivo, se dedica algún precepto a la capacidad del poderdante/mandante, sino que, la referencia a dicha capacidad se encuentra dentro del capítulo III en la sección 1.^a de Disposiciones Generales al disponer el artículo 255.1 que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada puede en previsión o apreciación de la concurrencia de circunstancias que, puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás, prever en escritura pública medidas de apoyo relativas a su persona o bienes. En todo caso, al otorgarse en documento notarial (escritura pública) corresponde al notario hacer el juicio de capacidad (capacidad natural de entender y querer); aunque, no se hable de suficiente capacidad de obrar. Ciertamente, como la curatela se califica de medida de apoyo judicial de naturaleza asistencial como regla general, y excepcionalmente representativa; precisamente, cuando opera con la atribución asistencial, no se ha descartado la posibilidad que otorgue poder preventivo la

persona sometida a curatela en cuanto conserva su capacidad y siempre que, se verifique la misma en el juicio de capacidad notarial⁶⁸. De lo que tampoco cabe duda que, se pueda solicitar por la persona bajo guarda de hecho.

En cuanto a la emancipación conforme dispone el artículo 239 del Código civil puede tener lugar: 1. Por mayoría de edad; 2. Por concesión de los que ejerzan la patria potestad; 3. Por concesión judicial. Respecto a esta última emancipación, la autoridad judicial podrá conceder la emancipación a los hijos mayores de dieciséis años, si estos la pidieran y previa audiencia de los progenitores: 1. Cuando quien ejerce la patria potestad contrajera nupcias o conviviere maritalmente con persona distinta del otro progenitor; 2. Cuando los progenitores viven separados; 3. Cuando concurra cualquier causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad (art. 244 CC).

A dicha enumeración legal, ha de añadirse la emancipación por el beneficio de la mayor de edad previo informe del Ministerio Fiscal al sujeto a tutela mayor de dieciséis años, que lo solicitare (art. 245 CC); y, la emancipación por vida independiente, cuando se trate de hijo mayor de dieciséis años que, vive independiente de sus progenitores y con su consentimiento si bien aquellos pueden revocar este consentimiento (art. 243 CC).

No obstante, el artículo 254 del Código civil posibilita que, el mayor de dieciséis años puede acordar medidas de apoyo, cuando prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad, que después de alcanzada esta, necesite de las mismas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Ahora bien, parece que, este precepto se refiere solo a otras medidas de apoyo que, no sean ni el poder o mandato preventivo, ni la autotutela, pues, también para este supuesto el artículo 271 del citado cuerpo legal exige mayoría de edad o emancipación. En todo caso, estas otras medidas de apoyo que, puede acordar el mayor de dieciséis años, que habrán de hacerse en documento privado como público. En todo caso, con dieciséis años puede iniciar el proceso de provisión de apoyos y ser oído en el nombramiento de tutor; pero no puede otorgar por ejemplo, un documento de autotutela, o un apoderamiento o mandato preventivo atendiendo a la exigencia de una capacidad concreta (mayoría de edad o menor emancipado); a no ser que, el legislador entienda que, excepcionalmente y para este caso, puede el mayor de dieciséis años otorgar ambos tipos de documentos notariales al no excluirlo expresamente el precepto y referirse, concretamente, al hecho que tal mayor de dieciséis años pueda hacer sus propias previsiones (medidas de apoyo) que, serán efectivas una vez alcance la mayoría de edad y se constate que, cuando alcance tal edad, precisará de apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica⁶⁹.

Se ha suprimido la patria potestad prorrogada o rehabilitada; y en situaciones similares a las reguladas en la misma, se da con esta previsión legal paso a que el protagonista sea el propio menor, pues, por un lado, se le legitima para solicitar un procedimiento de provisión de apoyos, cuando tenga dieciséis años —dos años anteriores a la mayoría de edad— y prevea que alcanzada esta, necesitará apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica; y por otro, que el mismo diseñe los apoyos que, igualmente, necesite cuando alcance la mayoría de edad.

En cuanto *al apoderado o mandatario* puede ser tanto persona física como persona jurídica. Siendo persona física, como hemos indicado, por aplicación del artículo 1716 del Código civil puede ser nombrado apoderado o mandante el menor emancipado⁷⁰. Igualmente, se puede nombrar uno o varios apoderados o mandatarios que, pueden actuar de forma mancomunada o solidaria, simultánea o subsidiariamente. Como regla general, la responsabilidad de los mandatarios o apoderados por su gestión será mancomunada, salvo que disponga otra cosa

(art. 1723 CC). Para una mayor seguridad, el mandate o poderdante puede exigir la intervención conjunta de varios de los apoderados mancomunados cuando se trata de un acto de especial trascendencia personal o patrimonial. Asimismo prescribe el artículo 1731 del citado cuerpo legal la responsabilidad solidaria de dos o más mandatarios nombrados para la satisfacción de un negocio común.

Sobre tales bases, corresponde a la persona con discapacidad designar quien debe prestarle el apoyo y en qué forma y con qué alcance (art. 250.3 CC).

B) *Elementos reales. Contenido*

La determinación de lo que constituye la gestión asistencial o, excepcionalmente, representativa de la medida de apoyo corresponde al poderdante en el ejercicio de su autonomía. Así puede circunscribirse a una actuación de alcance general o referirla a uno o varios actos concretos y operar tanto en la esfera personal como en la patrimonial. No olvidemos que, como acto personalísimo, quien decide como quiere conformar la futura medida de apoyo corresponde únicamente a la persona con discapacidad.

Operando sobre la normativa del mandato, en la extensión del apoderamiento resulta clásica la división ya expuesta entre poderes generales y especiales. Los primeros comprenden la totalidad de todos los asuntos correspondientes al poderdante —excluidos los personalísimos que no admiten ni asistencia ni representación; y los segundos, alcanzan solo a uno o varios actos concretos o una operación concreta. Por su parte, el artículo 1713 del Código civil dispone que el mandato concebido en términos generales no comprende más que, los actos de administración; mientras que, el denominado mandato expreso se necesita para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio. Combinando ambas clasificaciones la doctrina determina que la voluntad del poderdante puede operar sobre los siguientes parámetros: 1. El mandato general y especial pueden conferirse en términos generales. Así respecto al mandato general se puede contener una enumeración exhaustiva de todos los actos que puede ejercer el apoderado, o no contener tal enumeración, pero, igualmente, abarcar la totalidad de los asuntos del poderdante; en el caso de mandato especial, igualmente, puede contener una enumeración de qué actos concretos puede llevar a cabo el apoderado, si bien con la limitación de comprender solo actos de administración. 2. Se puede, asimismo, establecer un apoderamiento general para la totalidad de los asuntos del poderdante, de manera expresa; lo que supone que tales actos podrán consistir en transacciones, enajenaciones, hipotecas, y cualesquiera otros actos de riguroso dominio; 3. Se puede otorgar el apoderamiento en términos generales y comprender, además de actos de administración, la ejecución de todos o algunos actos de riguroso dominio; 4. Y, finalmente, se puede tratar de un poder especial en que se comprende únicamente cierto tipo de operaciones a realizar por el apoderado (para comprar, para enajenar; para hipotecar, etc.); o solo para una operación muy específica.

Por tanto, el contenido de un apoderamiento preventivo puede referirse a la totalidad de los asuntos o a parte de ellos, o a operaciones muy concretas que afecten esencialmente a la esfera patrimonial del poderdante, y abarcar tal gestión solo actos de administración *strictu sensu*, esto es, la gestión solo del patrimonio, o de parte de él; o ampliar la esfera de actuación del apoderado también a actos de disposición, como enajenar, hipotecar, o ejecutar cualquier acto de riguroso dominio (administración extraordinaria).

Como se ha indicado las medidas de apoyo pueden referirse a la esfera personal o patrimonial. Si bien, el poderdante, además de las facultades que otorgue al apoderado o mandatario, puede establecer las medidas u órganos de control que estime oportunas, también condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas, con el fin de garantizar el respecto de su voluntad, deseos y preferencia y dar el máximo juego a la autonomía de la voluntad (arts. 255. 3 y 258.3 CC). Podrá también prever formas específicas de extinción del poder. Incluso, puede contenerse mandato expreso para la constitución de un patrimonio especialmente protegido regulado en los artículos 1 a 8 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento y de la Normativa Tributaria con esta finalidad [art. 3.1 b) de la citada Ley]. O, incluso en caso de un nombramiento de varios apoderados o mandatarios, que uno supervise la actuación del otro, e impugne los actos realizados en perjuicio del mandante o mandatorio; sin perjuicio de pactar otras salvaguardas con el objeto de evitar abusos, conflicto de intereses —nombramiento de defensor judicial— o influencias indebidas.

Igualmente, puede formar parte del contenido de tal apoderamiento todo lo que afecte a la esfera personal del poderdante, sea relativo a su cuidado personal (alimentos), como a la aplicación de determinados tratamientos médicos o la realización de determinadas intervenciones sanitarias; así, pueden formar parte de tal, lo que el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LDP) y las diferentes legislaciones autonómicas de desarrollo establece como posible contenido de un documento de instrucciones previas, que incide especialmente en la esfera personal así: a) las instrucciones relativas a la aplicación o no de determinados tratamientos o intervenciones médicas; de medidas paliativas, a tener en cuenta en el momento en que el propio paciente no pueda emitir su voluntad; b) una jerarquía de valores y opciones vitales del paciente que cobran especial importancia en la sustanciación de las voluntades anticipadas expresadas de forma genérica o preventiva; c) la designación de un representante como interlocutor válido con la clase médica —que puede ser el apoderado o mandatario preventivo—, tanto en el caso de que existan dudas interpretativas en el texto, debidas a una diferencia entre las previsiones llevadas a cabo en el tiempo de otorgamiento, y la nueva realidad donde se ha de aplicar que puede no coincidir con la prevista en el mismo; como para tomar decisiones ante determinadas actuaciones médicas; c) otras declaraciones posibles, como donación de órganos.

Ahora bien, recordemos, cuando el poder o mandato contenga cláusula de subsistencia para el caso que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad, o se conceda solo para ese supuesto —poder preventivo o mandato con cláusula de subsistencia o *strictu sensu* para el caso de discapacidad—, y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, esto es, alcance a la esfera personal y patrimonial, el apoderado, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo lo no previsto en el poder o mandato, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa —por ejemplo, aplicar las reglas del mandato en lo no previsto en el apoderamiento o mandato preventivo como normativa supletoria con la dificultad de tratarse de normas orientadas a la representación y no a la asistencia—⁷¹.

De aplicar como supletoria la normativa de la curatela y tratándose de mandato o apoderamiento representativo, se entiende que, para este supuesto resulta

aplicable lo previsto en el artículo 287 del Código civil que dispone que, necesita *autorización judicial para los actos que determine la resolución* y, en todo caso, para los siguientes:

1.º. Realizar actos de transcendencia personal o familiar cuando la persona afectada no pueda hacerlo por sí misma, todo ello a salvo de lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales⁷².

2.º. Enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes o derechos de especial significado personal o familiar; bienes muebles de extraordinario valor; objetos preciosos, y valores mobiliarios no cotizados en mercados oficiales de la persona con medidas de apoyo, dar inmuebles por término inicial que, exceda de seis años, o para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se refiere a bienes de especial significado personal o familiar; concepto indeterminado que, exigirá atender a la voluntad del sujeto a la hora de concretar su alcance; o bien que se haga referencia expresa de ello en el propio poder o mandato. Emplea el término bienes que, podrá ser muebles o inmuebles, al no especificar como en los otros casos. Por otra parte, se refiere a actos de disposición o gravamen sobre bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, para celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. En consecuencia, no será necesaria la autorización judicial para actos de administración sobre inmuebles, si no son susceptibles de inscripción registral.

De todas formas, la enajenación de los referidos bienes se realizará mediante venta directa, salvo que el Tribunal considere que, es necesaria la enajenación en subasta judicial para mejor y plena garantía de los derechos e intereses de su titular.

Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones.

3.º. Disponer a título gratuito de bienes o derechos de la persona con medidas de apoyo, salvo los que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar. Al emplear la copulativa «y» deben concurrir ambos requisitos para no requerir autorización judicial.

4.º. Renunciar a derechos, así como transigir o someter a arbitraje cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya curatela ostenta, salvo que sean de escasa relevancia económica. No se precisará la autorización judicial para el arbitraje de consumo.

Al respecto, se modifica el artículo 1811 del Código civil en el que reiteran que «el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trata de asuntos de escasa relevancia» —así necesitará autorización judicial para casos como transigir sobre cláusula suelo, de gastos, de intereses remuneratorio en préstamos hipotecarios, préstamos al consumo—.

5.º. Aceptar sin beneficio de inventario cualquier herencia o repudiar esta o las liberalidades.

6.º. Hacer gastos extraordinarios en los bienes de la persona a la que presta apoyo.

7.º. Interponer demanda en nombre de la persona a la que presta apoyo, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía. No será precisa la autorización judicial cuando la persona con discapacidad inste la revisión de la resolución judicial en que previamente se le hubiese determinando los apoyos.

8.º. Dar y tomar dinero a préstamo y prestar aval o fianza.

9.º. Celebrar contratos de seguro de vida, renta vitalicia y otros análogos, cuando estos requieran de inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria. De nuevo, se emplea un concepto indeterminado «inversiones o aportaciones de cuantía extraordinaria»; para su concreción habrá que atender a la situación patrimonial de la persona con discapacidad —al valor total de su patrimonio— y, a la cuantía de la inversión sobre el total del mismo. No es lo mismo un patrimonio de escasa cuantía, donde una inversión media en tales instrumentos financieros puede representar una cifra importante (extraordinaria) sobre el total; que, si esta misma operación se realiza sobre un patrimonio de cuantía importante, con la consiguiente calificación de inversión ordinaria.

Sobre tales bases, y aplicando, de nuevo, cuando resulte procedente, las normas de la curatela al apoderado o mandatario representativo, la autoridad judicial, cuando lo considere adecuado para garantizar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, podrá autorizar al curador la realización de una pluralidad de actos de la misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos (*vgr.* operaciones bursátiles) (art. 288 CC).

En todo caso, no necesitarán autorización judicial previa, pero si aprobación judicial, una vez, practicadas:

1. La partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo.

2. Si se hubiese nombrado para la partición un defensor judicial deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC).

De todas formas, antes de autorizar o aprobar cualquiera de los actos que, o bien necesitan autorización judicial previa, o aprobación judicial posterior, la autoridad judicial oír al Ministerio Fiscal y a la persona con medidas de apoyo y recabará los informes que, le sean solicitados o estime pertinentes (art. 290 CC).

Por otra parte, aun siendo reiterativos, conviene recordar que, la remisión a la normativa de la curatela, se puede excluir por parte del poderdante o mandante, si dispone otra cosa en el documento de apoderamiento o mandato. A tal fin, puede excluir la aplicación de toda la normativa de la curatela o parte de la misma. Con ello, se determina el carácter dispositivo de la normativa de la curatela en los casos de apoderamiento o mandato preventivo, al poder establecer la persona con discapacidad el régimen jurídico que sea aplicable, en lo no previsto en el propio documento de mandato o apoderamiento por aquel —que puede ser en la totalidad o en parte de la normativa de la curatela—; siempre que estemos ante las dos modalidades de apoderamiento o mandato y se otorgue con carácter general⁷³.

En este contexto, para actos de trascendencia personal, por ejemplo, las relativas a tratamientos médicos y su consentimiento o rechazo a los mismos, no hace falta autorización judicial, atendiendo a la salvedad relativa al consentimiento informado y a su regulación, entre otras leyes sanitarias como la Ley 41/2002. Establece en su artículo 9 dispone que, se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

Ahora bien, en los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

Asimismo, el paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento.

En cuanto al documento de las instrucciones previas, podrá ser otorgado por una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas. Este representante podrá convivir con la designación de un apoderado o mandatario y tomar aquel las decisiones relativas a los tratamientos médicos de la persona con discapacidad. O también se puede acordar que, en los supuestos descritos, quien actúe en este ámbito sanitario sea el apoderado o mandatario. En todo caso, el artículo 287 del Código civil impone la necesaria autorización judicial cuando la curatela tiene naturaleza representativa para actos de trascendencia personal, salvo consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales. Efectivamente, la Ley 41/2002 no exige tal autorización judicial. Por lo que es en este supuesto, como en materia de internamiento, habrá que, aplicar a la regulación especial aplicable y no exigir, en consecuencia, autorización judicial para estos casos, salvo que exista una actuación contraria a los intereses del paciente (poderante/mandante) dispuesta por el apoderado/mandatario⁷⁴.

Las instrucciones previas de cada persona, deberán constar siempre por escrito. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «*lex artis*», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito. Serán inscritas en el Registro nacional de instrucciones previas.

De todas formas, podrá exigirse autorización judicial en relación con la inculcación de la vacuna contra el Covid-19. Así se ha hecho en el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 17, de Sevilla de 15 de enero de 2021⁷⁵ que autorice

el juez al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar a una de sus usuarias —una mujer de 86 años— la vacuna contra el Covid-19, pese a la negativa de su hijo para que se procediese a la inoculación de dicha vacuna a su madre.

Para el titular del Juzgado la cuestión ha de resolverse examinado de forma predominante la protección de la salud de la residente, pues, por su edad (86 años), por su situación de pluripatología y por su estancia en una residencia cerrada, pertenece a un grupo con mayor riesgo de desarrollar la enfermedad grave por Covid-19. Dado que la madre, por las enfermedades que padece, no tiene capacidad para dar un consentimiento informado válido, se informó a su hijo de la necesidad de vacunar a su madre, pero este decidió no otorgar su consentimiento a la vacunación por no considerarla segura. Para el juez los argumentos esgrimidos por el hijo son comprensibles y legítimos, pero considera que los mismos deben decaer frente al carácter seguro de la vacuna del Covid-19, que cuenta con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento. Además, señala que, en todo caso, es mayor y más grave el riesgo de contraer la infección por coronavirus, que la de padecer algún efecto secundario grave. Asimismo, descarta que la vacuna este contraindicada en este caso al no presentar la residente alergia al principio activo de la misma o a alguno de sus componentes— en definitiva, concluye que, no constando ninguna contraindicación médica, el Juzgado estima la solicitud formulada por ser una medida médico-sanitaria necesaria por cuanto, atendiendo a las circunstancias concurrentes, la vacunación de la señora es la única alternativa eficaz para la adecuada protección de su vida frente al riesgo real de desarrollar una enfermedad grave por Covid-19.

Asimismo, el Auto del Juzgado de Primera Instancia, número 16, de Granada, de 4 de febrero de 2021⁷⁶ autoriza al servicio médico-sanitario de una residencia de mayores a suministrar la vacuna Covid-19 a uno de sus residentes, de 81 años de edad, aunque este ya haya pasado la enfermedad. La autorización se solicitó porque el hijo del residente se había negado a prestar su consentimiento para que se vacunase su padre, quien padece Alzheimer con un deterioro cognitivo grave.

Para el titular del Juzgado no existen razones atendibles para esta negativa del hijo a prestar su consentimiento a la vacuna del Covid-19, pues el derecho a la salud debe prevalecer sobre la opinión contraria del familiar de referencia. Aunque puede ser comprensible la postura del hijo desde un punto de vista humano, el auto destaca que, si bien, el padre ha pasado la enfermedad del coronavirus y presenta anticuerpos al virus, en el estado actual de la ciencia no es posible determinar con precisión el tiempo de inmunidad al virus tras sufrir la enfermedad, evidenciándose que este es altamente variable en atención a las características personales del paciente y habiéndose descrito casos en los que se ha producido nuevo contagio o reinfección. Por tanto, y dado que el riesgo no ha desaparecido, el juez estima que, en las actuales circunstancias, el riesgo de no vacunarse es mucho mayor que el de hacerlo, lo que supone que, el mayor beneficio es la vacunación y que sería contrario a la salud del paciente no hacerlo en tanto se incrementaría el riesgo de volver a contraer la enfermedad. El auto manifiesta que, además de contar la vacuna con la aprobación de la Agencia Europea del Medicamento, no consta contraindicación alguna a la vacunación. Por último, señala que, actualmente se recomienda por las administraciones competentes la vacunación de personas con antecedentes de Covid-19 confirmado o sospechado, pues, con la información actual se desconoce la duración de la inmunidad protectora frente al virus después de la infección natural.

Si bien, tal doctrina jurisprudencial, quizá no sea necesaria la autorización judicial para estos casos de inoculación de la vacuna Covid-19, pues, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 posibilita que los facultativos puedan llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento «cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por Ley».

Por su parte, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo de regulación de la eutanasia, respecto de la solicitud de la eutanasia activa o el suicidio asistido se incluye también en la salvedad del artículo 287.1 del Código civil, por lo que no será tampoco necesaria la autorización judicial para esta concreta actuación sanitaria, aunque se trate de un acto de trascendencia personal. El artículo 5.2 establece que, en aquellos casos que el médico responsable certifique que, el paciente no se encuentra en pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes indicadas —situación de incapacidad de hecho—⁷⁷; y, precisamente, haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (por ejemplo, apoderamiento o mandato preventivo), se podrá prestar la ayuda a morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En caso de haber nombrado representante en ese documento o en otros será el interlocutor válido para el médico responsable (por ejemplo, el apoderado o mandatario preventivo). La valoración de la incapacidad de hecho se hará por el médico responsable conforme a los protocolos de actuación que se determine por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. En todo caso, la solicitud de prestación de ayuda para morir podrá ser presentado al médico responsable o por ora persona mayor de edad y plenamente capaz, (*vgr.* el apoderado o mandatario preventivo), acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documento equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente. En caso de no existir ninguna persona que, pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que le trate, podrá presentar la solicitud de la eutanasia, dicho médico está legitimado para solicitar y obtener el acceso al documento de instrucciones previas, voluntades anticipadas o documentos equivalente a través de las personas designadas por la autoridad sanitaria de la comunidad autonómica correspondiente o por el Ministerio de Sanidad accediendo al Registro nacional de instrucciones previas.

Por lo que, en caso de situación de incapacidad de hecho, podrá presentar la solicitud de la eutanasia o del suicidio asistido, el mandatario o apoderado preventivo, bien presentando el propio mandato o apoderamiento, o documentos de instrucciones previas en que conste tal deseo por la persona apoderada. Aun siendo un acto de trascendencia personal, tal como ocurre con el consentimiento informado, no será necesaria autorización judicial, pues, como dispone el artículo 287.1 del Código civil no será necesario autorización judicial para actos de trascendencia personal establecido en leyes especiales como esta Ley Orgánica 3/2021.

De todas formas, los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecidas judicialmente (curador, guarda de hecho) o de forma voluntaria por el interesado (instrucciones previas). Si bien, la guarda de hecho como medida informal de apoyo, continuará en el desempeño de su función, aun cuando existan medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial, si estas no se están aplicando eficazmente (art. 263 CC).

No obstante, a diferencia de lo establecido en el artículo 222-2.4 del Código civil catalán no se ha previsto nada con respecto a la gestión de la huella di-

gital —acceso a redes sociales, plataformas digitales—. Precisamente, el citado precepto establece que «el poderdante puede establecer la gestión de sus voluntades digitales y su alcance para que, en caso de pérdida sobrevenida de la capacidad, el apoderado actuará ante los prestadores de servicios digitales con quienes el poderdante tenga cuentas activas a fin de gestionarlas y si procede su cancelación. En la medida de lo posible, el poderdante también ha de poder conocer las cesiones sobre las cuentas activas que debe adoptar el apoderado y participar en ellas».

En fin, en cuanto a la impugnación de los contratos celebrados por las personas con discapacidad con apoyos designados por apoderamiento o mandato preventivo, dispone el artículo 1302.1 del Código civil en cuanto a la legitimación para el ejercicio de la acción de nulación que «pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. En los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción. Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la nulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».

Están, por tanto, legitimados tanto la persona con discapacidad provista de apoyos, sus herederos, si la persona con discapacidad hubiera fallecido y por la persona que hubiera prestado apoyo. En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción caduca, como establece el artículo 1301 del Código civil, a los cuatro años a contar, cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por personas con discapacidad prescindiendo de las medidas de apoyo previstas cuando fueran precisas, desde la celebración del contrato (número 4).

Y, asimismo, teniendo en cuenta la remisión a la curatela del artículo 259 del Código civil, podrá ser rescindibles los contratos que se hayan celebrado sin autorización judicial por los curadores con facultades de representación, siempre que las personas a quienes representen, hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubieren sido objeto de aquellos (art. 1291.1.º CC). El plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción respecto de las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que, establezcan facultades de representación, no empezará a computarse hasta que se extinga la medida representativa de apoyo (art. 1299 segundo párrafo CC).

C) Elementos formales

Los poderes o mandatos preventivos habrán de otorgarse en escritura pública (art. 260 CC). La intervención notarial es garantía de seguridad para la situación del poderdante otorgante, cuando tiene lugar su discapacidad. El notario podrá asesorarle del contenido y alcance de tales poderes y del control de la actuación del apoderado y quien determinará la capacidad suficiente para otorgar tales poderes o mandatos.

En todo caso, cuando se hubieren otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este (art. 258.2 CC).

Ahora bien, esta preferencia por la autorregulación del individuo que, se manifiesta en la autotutela y, en los apoderamientos preventivos, no impide respecto de estos últimos que el juez nombre un curador, pues precisamente tales poderes pueden no abarcar toda la necesidad de apoyo.

Aunque no se exige en la regulación concreta de los apoderamientos o mandatos preventivos, si estos tienen facultades representativas, por la remisión a la tutela que se hace específicamente, el apoderado o mandatario estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona a cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese comenzado a ejercer su labor de apoderado preventivo. El inventario se formará ante el letrado de la Administración de Justicia con citación de las personas que estime conveniente, si bien podrá prorrogar el plazo previsto en el párrafo primero si concurre causa para ello. En todo caso, si así lo dispone el letrado de la Administración de Justicia no deberán quedar en poder del apoderado o mandatario el dinero, alhajas, objetos preciosos y valores mobiliarios o documentos, que se depositarán en un establecimiento destinado al efecto. Los gastos que se deriven de la realización del inventario y del depósito serán a cargo de los bienes de la persona con discapacidad (art. 285 CC).

De todas formas, el apoderado o mandatario puede dispensar de dicha obligación, como ocurre en la autotutela.

D) Extinción

En el propio poder o mandato se pueden establecer por parte del poderdante o mandante forma específicas de extinción del poder (art. 258.3 CC); y, proceder a solicitarlas el propio curador nombrado.

Asimismo, de forma específica para el poder, se puede extinguir de forma automática cuando se hubiera otorgado a favor del cónyuge o pareja de hecho del poderdante, y hubiera tenido lugar el cese de la convivencia —sin necesidad de divorcio o de cancelación registral de pareja de hecho— (art. 258.2). Todo ello salvo que el propio poderdante o mandante hubiera dispuesto otra cosa o, que el cese de la convivencia venga determinado por el internamiento de este.

Igualmente, se prevé para el supuesto específico del apoderamiento o mandato preventivo que, cuando el apoderado incurre en algunas causas previstas para la remoción del curador, salvo que el poderdante hubiera previsto otra cosa (art. 258.4 CC). Tanto este precepto citado como el artículo 51 bis.1 de la LJV establecen que, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de apoyos y el curador, si lo hubiere, podrán solicitar la extinción de los poderes preventivos otorgados por la persona con discapacidad⁷⁸.

De todas formas, el curador no puede por sí solo extinguir el poder, sino instar judicialmente tal extinción en el caso que, concurren algunas de las causas previstas para la remoción del curador. Con ello se pretende un control *ex post* de la actuación del apoderado en beneficio del poderdante, de manera que, si se prueba que está perjudicando o hay dudas de una adecuada actuación de aquel en interés de su poderdante, determinar la solicitud al juez por parte del curador de su extinción (art. 260 CC)⁷⁹.

La remoción del apoderado o mandatario tendrá lugar: 1. Si después de su nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad; 2. Se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio; o 3. Cuando, en su caso surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo (art. 278.1 CC).

No obstante, la autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias, que comprometan el desempeño correcto del mandato o apoderamiento, podrá decretar la remoción del apoderado o mandatario mediante expediente de jurisdicción voluntaria.

Como medida de salvaguarda, durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al mandatario o apoderado en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordar el nombramiento de un defensor judicial.

Una vez, declarada judicialmente la remoción, se procederá a la adopción de otra medida de apoyo, si fuera necesario; o se nombrará al apoderado o mandatario designado por el poderdante o mandante en caso de remoción del nombrado.

En esta línea de extinción específica en sede de mandato o apoderamiento preventivo, aunque mantienen su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante o mandante, ello no impide al juez que, si lo considera pertinente, extinga la medida de apoyo, cuando se nombre, por ejemplo, un curador. Si bien, siendo siempre respetuoso con la voluntad, deseos y preferencias de las personas y en la salvaguarda de la persona con discapacidad.

Por otra parte, el mandato conforme establece el artículo 1732.1 del Código civil se acaba por su revocación que, podrá tener lugar antes de la eficacia de ambas modalidades de mandato o con posterioridad. La revocación es una declaración de voluntad unilateral y recepticia, de modo que ha de llegar al conocimiento del apoderado o mandatario para que produzca efectos. Partiendo de la base que, en la actual reforma se da especial relevancia a la participación de la persona con discapacidad en la toma de decisiones, corresponderá al notario que autorice la revocación del mandato, determinar la situación jurídica en que se encuentra la persona con discapacidad en relación con dicha decisión unilateral y, en consecuencia, si la puede llevar a cabo.

Conforme el apartado 2 del citado artículo 1732 del Código civil, también se extingue por renuncia del mandatario. La renuncia constituye, asimismo, una declaración de voluntad unilateral y recepticia, pues, debe llegar a conocimiento del mandante; pues, a partir de ese momento es cuando surte efectos. Se entiende que, se ha de comunicar al poderdante o mandante, o en su caso, prever a quien se comunica dicha renuncia —por ejemplo, al curador, si está nombrado como otra medida de apoyo—. En todo caso, sería conveniente prever por parte del poderdante o mandante un posible sustituto para este caso y comunicarse al mismo, para que comenzase a actuar como tal apoderado preventivo; de no preverse esta sustitución, se deberá comunicar a la autoridad judicial, por si fuera necesario, proveer alguna medida de apoyo. Al respecto, el artículo 255.5 del Código civil solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias. De todas formas, el artículo 249.4 del Código civil establece que, cualquier medida de apoyo voluntaria de apoyo podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona y, asimismo, serán dictadas por la autoridad judicial.

También, se puede extinguir por el fallecimiento de la persona del mandante o mandatario; o por el concurso de acreedores de ambos. Y, en fin, por el establecimiento de medidas de apoyo al mandante o poderdante que, sean coincidentes con la medida concreta por la que se otorgó el apoderamiento o mandato preventivo (número 4 del mencionado art. 1732 CC).

Ahora bien, los poderes o mandatos en cualquiera de las modalidades expuestas no se extinguirán, pese a la constitución de medidas de apoyo a favor del poderdante o mandante, tanto si se han establecido judicialmente (curatela), como si se ha acordado por el propio interesado (instrucciones previas)⁸⁰.

Esta regulación contrasta con la existente hasta ahora en el artículo 1732.3 apartado segundo del citado cuerpo legal que, se extingue el apoderamiento preventivo cuando el juez en la resolución de incapacitación toma la decisión de extinguirlo al constituirse el organismo tutelar; o decide dejarlo subsistente, y extinguirlo *a posteriori* a instancia del propio tutor. En este último caso, haya ese momento el apoderamiento coexiste con el órgano tutelar nombrado.

De todas formas, de nuevo, por la remisión a las reglas de la curatela, el apoderado o mandatario al cesar en sus funciones deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario, si concurriere justa causa. La acción para exigir esta rendición de cuentas previsible a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. No obstante, la aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de acciones judiciales recíprocas que, puede asistir al apoderado o mandatario o a la persona con discapacidad o a sus herederos por razón del apoderamiento o mandato preventivo (art. 292 CC).

En todo caso, aunque no se proceda a la remisión de la curatela en los casos indicados, se puede pactar en el propio mandato o apoderamiento una rendición de cuentas al ejercer el apoderado o mandatario de administrador y que dicha rendición se haga ante los órganos de fiscalización nombrados al efecto.

En fin, el artículo 249 apartado segundo *in fine* del Código civil determina que, se puede extinguir también el apoderamiento o mandato preventivo, al fomentarse, como regla fundamental que, la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro o con ninguno —modificación o extinción de la medida de apoyo—.

E) Eficacia, publicidad y revisión

El poder o mandato preventivo en sentido estricto o *ad cautelam*, surte efecto en el momento que la persona necesite de los apoyos. Al respecto, se puede acreditar esta situación objetiva en el propio poder o mandato a través de dictamen pericial o a mediante otro instrumento de verificación, o como señala, el artículo 257 del Código civil constar en acta notarial, además del juicio del notario, un informe pericial en este sentido. Ello no impide que, también que, en el caso de poder o mandato que continúa su subsistencia pese a la necesidad de apoyo de la persona con discapacidad, por el poderdante o mandante se acuerde el comienzo de vigencia del mismo, mediante aquellos criterios o instrumentos que, considere oportunos; o con la intervención de terceros. El problema que se plantea es la falta de concreción legal de cuándo resultan eficaces estos poderes preventivos en las dos modalidades y que se deja a la previsión del propio poderdante o mandante. Sin embargo, la realidad actual es una falta de previsión legal del comienzo de

la eficacia de tales mandatos o poderes preventivos; y de su posible conocimiento por terceros que quieran contratar con el apoderado o mandatario; sin que afecte a la propia intimidad del sujeto, el dar publicidad de su condición de persona con discapacidad, pese a lo dispuesto en el artículo 84 primer párrafo de la Ley 20/2021, de 11 de julio, del Registro Civil (LRC)⁸¹.

Por otra parte, los poderes o mandatos mantendrán su vigencia, pese a la constitución de otras medidas de apoyo en favor del poderdante, tanto si estas han sido establecidas judicialmente, como si han sido previstas por el propio interesado (art. 258.1 CC) —*vgr.*, instrucciones previas, autocuratela—⁸².

Asimismo, procede señalar que, el ejercicio de las facultades representativas será personal, sin perjuicio de la posibilidad de encomendar la realización de uno o varios actos concretos a terceras personas. No obstante, aquellas facultades que tengan por objeto la protección de la persona no serán delegadas (art. 261 CC).

El artículo 268 del Código civil en sede de curatela establece que, todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años, o en casos, excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Precisamente, por la remisión a las normas de la curatela, se puede aplicar a los apoderamientos o mandatos preventivos cuando adoptan una función representativa y se otorgan con carácter general —para todos los negocios del otorgante—; o, bien, puede acordarse expresamente en el documento de poder o mandato preventivo por el propio poderdante o mandante tanto los mecanismos como los plazos de revisión de esta medida, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (art. 255.3 CC).

Ahora bien, respecto a los poderes o mandatos preventivos otorgados a la entrada en vigor de esta Ley, el poderdante o mandante podrá establecer plazos de revisión de las medidas de apoyo con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias (arts. 255.3 *in fine* y 258.3 *in fine* CC).

Respecto a los apoderamientos o mandatos preventivos ya acordados a la entrada en vigor de esta Ley, se ha optado por una fórmula flexible, según la cual como regla general, las funciones de apoyo se ejercerán conforme a la nueva Ley desde su entrada en vigor y se establece una amplia legitimación para solicitar de la autoridad judicial en cualquier momento, la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con arreglo al sistema anterior. La revisión también se podrá hacer de oficio. Así dispone la disposición transitoria quinta que, los propios apoderados o mandatarios podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas, para adaptarlas a la nueva Ley. La revisión de las mismas deberá producirse en el plazo máximo de un año desde la solicitud. Si bien, para aquellos casos en que no se haya solicitado la revisión, esta se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años.

De todas formas, los poderes o mandatos preventivos otorgados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, quedarán sujetos a esta. No obstante, cuando, se apliquen al apoderado o mandatario, en virtud del artículo 259 del Código civil las reglas para la curatela, quedarán excluidas las establecidas en los artículos 284 a 290 del citado Código civil (disposición transitoria tercera).

En todo caso, si la persona otorgante quiere modificarlos o completarlos, el notario, en cumplimiento de sus funciones, si fuera necesario, habrá de procurar que aquella desarrolle en plenitud su propia autonomía de la voluntad, esto es, su propio proceso en la toma de decisiones, ayudándole en su comprensión y razonamiento y, facilitando que, pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

En fin, el notario autorizante de los poderes o mandatos preventivos comunicará de oficio y sin dilación al Registro Civil para su constancia en el registro individual del poderdante (art. 260.2). Así, dispone el artículo 4 apartado 10.º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (LRC) que, son inscribibles «los poderes y mandatos preventivos, la propuesta de nombramiento de curador y las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»; y el artículo 77 establece que «es inscribible en el registro individual del interesado el documento público que contenga las medidas de apoyo previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»⁸³.

Como se indica en el preámbulo de la Ley «el Registro Civil se convierte en una pieza central, pues hará efectiva la preferencia que el nuevo sistema atribuye a las medidas voluntarias previstas por una persona respecto de sí misma o de sus bienes»⁸⁴.

De todas formas, en el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, se ha convenido por el legislador que, las medidas de apoyo que accedan al Registro como datos sometidos al régimen de publicidad restringida. Al respecto, el artículo 84 primer párrafo de la LRC establece que «solo el inscrito o sus representantes legales, quien ejerza el apoyo y que esté expresamente autorizado, el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad podrán acceder o autorizar a terceras personas la publicidad de los asientos que contengan datos especialmente protegidos en los términos que reglamentariamente se establezcan. Las Administraciones públicas y los funcionarios públicos podrán acceder a los datos especialmente protegidos del apartado 1 b) del artículo 83 cuando en el ejercicio de sus funciones deban verificar la existencia o el contenido de medidas de apoyo». Solo los apoderados o mandatarios preventivos generales podrán acceder o autorizar a terceras personas el acceso a los asientos del Registro Civil que, contenga datos especialmente protegidos relativos a la discapacidad y medidas de apoyo [art. 83.1 b) de la LRC].

No se prevé, en cambio el acceso al Registro de la Propiedad de las medidas voluntarias de apoyo al Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles. No obstante se incorpora un artículo 242 bis de la LH que queda redactado de la siguiente manera: «1. En el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles a que se refiere el número cuarto del artículo 2 serán objeto de asiento las resoluciones dictadas en los expedientes de declaración de ausencia y fallecimiento, las de concurso establecidas en la legislación concursal, así como las demás resoluciones y medidas previstas en las leyes que afecten a la libre administración y disposición de los bienes de una persona. Podrán ser objeto de asiento también en este libro las resoluciones sobre personas con discapacidad a las que se refiere el artículo 755.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Partiendo de lo dispuesto en este precepto se puede incluir dentro de «las medidas previstas en las leyes que afectan a la libre administración y disposición de los bienes de una persona», las escrituras públicas de mandato o apoderamiento preventivo en cuanto se pueden prever medidas de carácter patrimonial que afecten, precisamente, a la libre administración y disposición de bienes de la persona discapacitada, máxime en el caso de la vivienda habitual. A nuestro entender aras de la autoprotección del poderdante, no sería descartable que, se solicitase el acceso al Registro de la Propiedad como medida de apoyo donde se pueden contener disposiciones patrimoniales con tal alcance; aunque la esencia del apoderamiento o mandato no sea medidas que limiten la libre

disposición o administración de los bienes de una persona, sino su asistencia en tales actos o, excepcionalmente, su representación. En todo caso, tratándose de actos con trascendencia real deberán tener acceso al citado Registro de la Propiedad. Precisamente, para PEREÑA VICENTE, solicitar el acceso al Registro de la Propiedad de una autolimitación a la libre disponibilidad de la vivienda, puede ser calificado de «prohibición de disponer y el artículo 27 de la LH le cerraría el paso»⁸⁵.

En fin, procede indicar que, al dotarse de regulación específica a los poderes o a los mandatos preventivos en los citados artículos 256 a 262 del Código civil, se debe modificar el artículo 1732 del citado cuerpo legal que, es donde actualmente se regula el apoderamiento preventivo, disponiendo en la futura regulación del mismo lo siguiente: «El mandato se acaba: 1. Por su revocación; 2. Por renuncia del mandatario; 3. Por la muerte o por concurso del mandante o del mandatario; 4. Por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición; 5. Por la constitución en favor del mandante de la curatela representativa como medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, a salvo lo dispuesto en este Código respecto de los mandatos preventivos que, recordemos, mantiene su vigencia, pese a constituirse otras medidas de apoyo a favor del poderdante, tanto si han sido establecida judicialmente, como si han sido previstas por propio interesado. De forma que, el apoderamiento o mandato preventivo puede subsistir, pese a la adopción de la medida judicial de curatela representativa».

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALÍA ROBLES, A. (2020). Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Actualidad Civil*, núm. 2, febrero, 1-18.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas vulnerables, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10, febrero, 224-281.
- ANCIONES FERRERAS, M.^ªÁ. (2020). Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: La Ley.
- BADENAS CARPIO, J.M. (1998). *Apoderamiento y representación voluntaria*, Navarra: Aranzadi.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.^ªI. (2020). Naturaleza actual de la curatela: asistencial, patrimonial e incluso representativa. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad. Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Madrid: La Ley.

- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. 58, 143-192.
- (2018). Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 29-60.
- LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respeto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Indret*, número 2, 111-138.
- LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 199-225.
- MARÍN VELARDE, A. (2020). La discapacidad: su delimitación jurídica. En: Muñiz Espada, E. (dir.). *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi.
- PAU PEDRÓN, A. (2020). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XXI, 5-28.
- PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente, AAVV, *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson.
- (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil. En: P.A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Madrid: Marcial Pons.
- PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 265-313.
- ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I. (2008). *Derecho de la persona*, Madrid: Reus.
- SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I*, 8.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación. En: Fco. J. Sánchez-Calero, *Curso de Derecho Civil II*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 385-428.
- SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STC, 9 de octubre de 2002.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil (Pleno), de 29 de septiembre de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013.
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 2014.
- STS, Sala de lo Civil, de 14 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2015.
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de mayo de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 4 de abril de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018.
- STS, Sala de lo Civil, de 19 de febrero de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de diciembre de 2020.
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021.
- SAP, Vizcaya, secc. 8.^a, de 18 de enero de 2010.
- SAP Cantabria, secc. 2.^a, de 20 de febrero de 2008.
- SAP León, secc. 1.^a, de 9 de julio de 2013.
- SAP Pontevedra, secc. 3.^a, de 2 de octubre de 2013.
- SAP Granada, secc. 4.^a, de 9 de junio de 2017.
- SAP Alicante, secc. 9.^a, de 20 de noviembre de 2017.

NOTAS

¹ *Vid.*, la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, de 14 de febrero de 2011 (LA LEY 3403/2011).

² Precisamente, la gran aportación de la Convención es la legitimidad de un régimen de discriminación positiva —igualdad de hecho—, esto es, la adopción de medidas normativas y de acciones concretas para asegurar a los discapacitados la aplicación de las normas en las mismas condiciones que los demás.

³ En la Convención hay disposiciones que son directamente aplicables por estar formuladas como normas jurídicas en sentido estricto, otras, sin embargo, requieren que los Estados acometan reformas en su derecho interno conforme a los principios y objetivos de aquella. A estas últimas, se refiere el artículo 4.1 a) y b) cuando señala que los Estados parte se comprometen a: «a) *Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención;* b) *Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas las medidas legislativas para modificar o derogar, leyes, reglamentos, costumbres, y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad*». Y, asimismo, este artículo 12.

⁴ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus, 27 señala como principios esenciales a la hora de designar una medida de protección: «1. Subsidiariedad; 2. Proporcionalidad; 3. Respeto a la autonomía de voluntad; y 4. Respeto a la toma de decisiones del propio sujeto protegido o a su autonomía personal».

⁵ LA LEY 49525/2009.

⁶ LA LEY 7855/2002. Señala esta sentencia que: «en el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución española). En consecuencia, la declaración de incapacitación de la persona solo puede acordarse por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), mediante un procedimiento en que se respeten escrupulosamente los trámites o diligencias que exigía el artículo 208 del Código civil (y que en la actualidad se imponen en el vigente artículo 759 de la LEC) que, en la medida en que van dirigidas a asegurar el pleno conocimiento por el órgano judicial de la existencia y gravedad de las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que concurren en el presunto incapaz y que le inhabilitan para gobernarse por sí mismo, que son la causa y fundamento de su incapacitación (arts. 199 y 200 CC), se erigen en garantías esenciales del proceso de incapacitación (...). La incapacitación total solo deberá adoptarse, cuando sea necesario para asegurar la adecuada protección de la persona del enfermo mental permanente, pero deberá determinar la extensión y límites de la medida y deberá ser siempre revisable».

⁷ LA LEY 49525/2009. Por el contrario, el Ministerio Fiscal en su escrito de 2 de febrero de 2009 señala que, el modelo de apoyos enfrenta directamente al sistema de tutela tradicional, y añade que la implantación de la Convención exige soluciones frente a determinadas situaciones en las que no es posible conocer la voluntad de la persona y en las cuales es necesario tomar una decisión en su nombre, para acabar proponiendo que mientras no se modifique el ordenamiento español para adaptarlo a la Convención, la curatela, reinterpretada a la luz de esta, desde el modelo de apoyo y asistencia, y el principio de interés superior de la persona con discapacidad, parece la respuesta más idónea.

En esta línea de compatibilidad de nuestro sistema de incapacitación con la Convención y la consideración de la curatela como mecanismo eficaz para determinar las medidas de apoyo para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad de obrar; *vid.*, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de julio de 2012 (LA LEY 134901/2012); de 11 de octubre de 2012 (LA LEY 158043/2012); y, de 24 de junio de 2013 (LA LEY 92052/2013); y las Sentencias de la Audiencia Provincial Vizcaya, secc. 4.ª, de 18 de enero de 2010 (LA LEY 33757/2010); de la misma Audiencia, secc. 4.ª, de 25 de mayo de 2010 (LA LEY 202663/2010); de la Audiencia Provincial Castellón, secc. 2.ª, 16 enero 2012 (LA LEY 56638/2012); de la Audiencia Provincial Sevilla, secc. 2.ª, de 9 de mayo de 2012 (LA LEY 133673/2012); de la Audiencia Provincial Cuenca, secc. 1.ª, de 28 de septiembre de 2012 (LA LEY 171478/2012); de la Audiencia Provincial León, secc. 1.ª, de 21 de enero de 2013 (LA LEY 5330/2013); de la Audiencia Provincial Barcelona, secc. 18.ª, de 4 de julio de 2013 (LA LEY 164719/2013); de la Audiencia Provincial León, secc. 1.ª, de 9 de julio de 2013 (LA LEY 128086/2013); y, de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 3.ª, de 2 de octubre de 2013 (LA LEY 154470/2013).

Por su parte, críticas a esta sentencia, y posteriores y a la necesidad de acometer reformas en materia de incapacitación, *vid.*, VARELA AUTRÁN, B. (2013). *Incapacidad, Curatela reinterpretada a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*, Diario LA LEY, año XXXIV, número 8006, 22 de enero, 3; PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C. (2013). *Incapacitación judicial. La curatela a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, núm. 92, mayo-agosto, 357, 364 y 367-368.

⁸ Señala que «la incapacitación, al igual que, la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificara, solamente tiene justificación

con relación a la protección de la persona» y añade que «el sistema de protección establecido en el Código civil sigue, por tanto, vigente, siendo titular e sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque el impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

⁹ RJ 2012, 8362.

¹⁰ RJ 2014, 4518.

¹¹ RJ 2014, 5610.

¹² RJ 2015, 4755 y RJ 2015, 4900.

¹³ RJ 2015, 5138.

¹⁴ RJ 2015, 5726.

¹⁵ RJ 2017, 1505.

¹⁶ RJ 2013, 3948. *Vid.*, asimismo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.^a, de 24 de julio de 2017 (JUR 2018, 46714).

¹⁷ RJ 2014, 6032.

¹⁸ RJ 2018, 934.

¹⁹ RJ 2014, 4930.

²⁰ RJ 2014, 4518.

²¹ RJ 2015, 4755.

²² RJ 2017, 2207.

²³ RJ 2015, 5726.

²⁴ RJ 2015, 5329.

²⁵ RJ 2020, 392. Asimismo, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de junio de 2018 (RJ 2018, 2449).

²⁶ RJ 2015, 2023. En la misma línea, las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de octubre de 2015 que añade que «procede instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a efectos de proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiendo el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que planteen, siempre el plazo más corto posible y mediante los controles periódicos que se realicen, como precisa el artículo 12 de la Convención; de 3 de junio de 2016 (RJ 2016, 2311); de 4 de abril de 2017 (RJ 2017, 1505); de 11 de octubre de 2017 (RJ 2017, 4290); y, de 18 de julio de 2018 (RJ 2018) precisa, además que, el juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación.

²⁷ RJ 2017, 2207; RJ 2017, 5913 y RJ 2017, 4745. Asimismo, *vid.*, las Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de febrero de 2018 (RJ 2018, 392); de 6 de marzo de 2018 (RJ 2018, 1062); y, de 15 de junio de 2018 (RJ 2018, 2449).

²⁸ RJ 2018, 392.

²⁹ RJ 2020, 392 y RJ 2020, 4815.

³⁰ *Vid.*, las Sentencias de la Audiencia Provincial Asturias, secc. 7.^a, de 21 de diciembre de 2012 (LA LEY 219438/2012); y, de la Audiencia Provincial Valencia, secc. 10.^a, de 16 de mayo de 2013 (LA LEY 94828/2013).

³¹ BOE, núm. 132, de 3 de junio de 2021, 67789 a 67856. En su disposición final tercera prevé su entrada en vigor a los tres meses de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

³² En este sentido, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). *Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, Revista de Derecho Civil, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 413; GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). *La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Anales de la Academia Matritense del Notariado, vol. 58, 153.

³³ En esta línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 387 y 390.

³⁴ El artículo 200 del Código civil establece que «*Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que, impide a la persona gobernarse por sí mismo*». El término persistencia supone que, la enfermedad o deficiencia se extiende en un período de tiempo que, puede ser lo suficientemente amplio para justificar la medida. En cuanto autogobierno, desde el punto de vista médico se indica que tiene tres dimensiones: la patrimonial —autonomía e independencia en la actividad socioeconómica—; la adaptativa e interpersonal —entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria de forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto socio-cultural—; y personal —en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación higiene y autocuidado—. En todo caso, la incapacitación no es uniforme, sino que la sentencia que, limita la capacidad de la persona, debe atender a su grado de discernimiento y establecer a qué régimen de protección queda sometido el incapacitado. Por tanto, la incapacitación supone una limitación a la capacidad de obrar, graduable en la propia sentencia (art. 760.1 de la LEC); de tal manera que, a partir de ella el incapacitado carece de la aptitud necesaria para realizar de manera válida y eficaz los actos referidos en la sentencia. De ahí que, la apreciación de la concurrencia de causa de incapacitación exija la proporcionalidad entre la medida adoptada y la incidencia que, pueda tener la enfermedad o deficiencia en la capacidad natural de entender y querer de la persona que sufre la incapacitación, además de su revisión.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2018 (RJ 2018, 2670) cita al respecto las Sentencias de este mismo Tribunal y Sala, de 26 de julio de 1999 no considera obstáculo para la aplicación del artículo 200 del Código civil el que la situación de incapacidad no fuese constante o permanente, sino esporádica, cuando las fases clínicas o críticas se produjesen, ya que el precepto está considerando únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente que impida a la persona gobernarse por sí misma, y no la fase temporal en que esta consecuencia se produzca, circunstancia esta que se ha de tener en cuenta al determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Añade que «en suma lo que de ningún modo es viable es no incapacitar al enfermo sino solo en cada una de las fases críticas. Si la enfermedad es persistente con posibilidad de repetición, han de adoptarse las medidas necesarias en defensa de su persona y bienes de modo continuo y estable, para lo cual parece institución más adecuada la tutela, pues esta obliga al tutor a promover la recuperación de la salud del tutelado (art. 269.3 CC). En cuanto a la necesidad de que la persistencia de la anomalía impida el autogobierno de la persona, se afirma, asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009 que: «debe destacarse en este punto la importancia de la valoración que el juez haga de los informes o dictámenes periciales, pues, se puede padecer una enfermedad o deficiencia inhabilitante y, sin embargo, si su sintomatología externa es excluida mediante el oportuno tratamiento o remedio, de modo que el sujeto pueda comportarse con normalidad, no existirá causa de incapacitación, ya que los avances de la medicina en el terreno psiquiátrico permiten hoy un comportamiento normal a enfermos que hace unos años hubieran sido condenados a largas estancias, cuando no reclusiones de por vida, en establecimiento psiquiátricos; de donde se infiere que el carácter persistente de la enfermedad no sea suficiente para la incapacitación sino que se requiere también, como consecuencia de la misma, que el sujeto sea incapaz de gobernarse por sí mismo...». Asimismo, en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de marzo de 1947 se admitió la posibilidad de graduar el entonces rígido sistema de incapacitación y si bien, una parte de la doctrina se opuso a esta interpretación que, adaptaba la incapacitación a la realidad social. En todo caso, el sistema no solo fue aplicándose, sino que, finalmente, se aceptó en la legislación civil posterior a la Constitución española.

Por su parte, la incapacitación total o parcial de una persona se debe hacer siempre con un criterio restrictivo por las limitaciones a los derechos fundamentales, *vid.*, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de junio de 2013 (LA LEY 92052/2013); las Sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad, Real, secc. 2.ª, de 12 de marzo de 2010

(LA LEY 51825/2010); y de la Audiencia Provincial Pontevedra, secc. 1.ª, de 13 de diciembre de 2012 (LA LEY 219571/2012).

³⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 414-415 llama la atención sobre el hecho que el artículo 249 hable de «personas necesitadas de protección» y no emplee el término discapacidad. Lo que, para la autora, supone un error porque «si no es posible identificar legalmente el problema que se quiere afrontar y resolver, difícilmente será posible diseñar una solución adecuada, lo que normalmente acaba desembocando en problemas a la hora de interpretar y aplicar las normas».

³⁶ El nuevo artículo 7 bis de la LEC referido a los ajustes para personas con discapacidad dispone, al respecto que: «1. En los procesos en los que participen personas con discapacidad, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. Dichas adaptaciones y ajustes se realizarán, tanto a petición de cualquiera de las partes o del Ministerio Fiscal, como de oficio por el propio Tribunal, y en todas las fases y actuaciones procesales en las que resulte necesario, incluyendo los actos de comunicación. Las adaptaciones podrán venir referidas a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno. 2. Las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo. A tal fin: a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica; b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender; lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas; c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida; d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios».

En los mismos términos, se pronuncia el artículo 7 bis de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria.

Señala, asimismo, GARCÍA RUBIO M.ªP. (2018). *Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio*, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 30 que engloba el concepto de discapacidad, tanto las discapacidades de orden intelectual, como las que impiden tomar decisiones, los daños cerebrales, las demencias de todo tipo y otras situaciones análogas.

³⁷ MARÍN VELARDE A. (2020). La discapacidad: su delimitación jurídica. En. Muñiz Espada E (dir.). *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 64.

³⁸ La enmienda número 17 interpuesta por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados indica que, se debe redactar este artículo 249.2 disponiendo que, las medidas de origen legal o judicial procederán en defecto o insuficiencia de las medidas voluntarias. Justificación. Conforme a la Convención de Naciones Unidas, las medidas de apoyo, nacen de la voluntad de la persona que se trate, estableciéndose una serie de salvaguardas en el párrafo 4 del artículo 12 bajo el control «de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Los apoyos para el ejercicio de ese derecho pueden haberse establecido voluntariamente por la propia persona. No pueden privarse a la persona con discapacidad del ejercicio de derechos, sino que existe la obligación de proveer de apoyos a la misma. Debe existir un reconocimiento expreso a las medidas voluntarias (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 10-11).

³⁹ En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). El protagonismo de la persona con discapacidad en el diseño y gestión del sistema de apoyo. En: S. de Salas Murillo y M.ª. V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 131.

⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ C. (2014). *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, Navarra: Aranzadi, 75-76; ALVENTOSA DEL RÍO, J. (2019). Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección

de las personas vulnerables, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 10, febrero, 236-237; LÓPEZ SAN LUIS, R. (2020). El principio de respecto a la voluntad de la persona con discapacidad en la Convención de Nueva York (2006), y su reflejo en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, *Indret*, número 2, 119; SERRANO GARCÍA, I. (2020). Proyectos de reforma del tratamiento jurídico de las personas con discapacidad. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 75.

⁴¹ PAU A. (2020). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, XXI, 415. Por su parte, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, Madrid: Reus, 33 señala que «la voluntad del sujeto no solo es decisiva al diseñar una medida de protección —cuando ello sea posible—, sino que es consustancial con el apoyo y su relación con la autonomía del sujeto a lo largo del desarrollo y vigencia de las diversas instituciones».

⁴² PEREÑA VICENTE, M. (2018). La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad. En: M. Pereña Vicente, AA.VV., *La voluntad de la persona protegida*, Madrid: Dykinson, 138; PETIT SÁNCHEZ, M. (2020). *La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés*, *Revista de Derecho Civil*, vol. VII, número 5, octubre-diciembre, 285.

Por su parte, en la enmienda número 228 del grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados, de modificación del artículo 268 añade que, en las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos, atenderá además a la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad, su ponderación con arreglo al interés objetivo de dicha persona (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 164).

⁴³ PAU A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, julio-septiembre, 9-10 y 23.

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo de 2021 (*JUR* 2021, 1161373) señala que «el interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado con cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias del caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean acordes a sus intereses que, son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de tercero». A dicho principio se refiere también la Sentencia del Alto Tribunal, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 2957) que lo define como principio rector de la actuación de los poderes públicos y está enunciado expresamente en el artículo 12.4 de la Convención de Nueva York. Este interés no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar el que se desenvuelve y como corolario lógico su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso, social, e individual por parte de quien asume el cuidado».

⁴⁴ En esta línea, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, op. cit., 33-34.

⁴⁵ GARCÍA RUBIO, M. P. (2018). Las medidas de apoyo con carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, op. cit., 32-33; LEGERÉN-MOLINA, A. (2019). La relevancia de la voluntad de la persona con discapacidad en la gestión de los apoyos. En: S. de Salas Murillo y M.V. Mayor del Hoyo cuando se cita a García Rubio (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 198.

⁴⁶ PAU PEDRÓN, A. (2018). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, op. cit., 420.

⁴⁷ En este línea, SÁNCHEZ GÓMEZ, A. (2020). Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad, *op. cit.*, 419 señala que, para los supuestos en que la propia discapacidad psíquica impida, a causa de la completa ausencia de voluntad, poder tomar decisiones, sería pertinente «dar entrada al interés superior como criterio rector que debería guiar la actuación del curador, pese a la omisión del texto que nos ocupa y la resistencia a tenerlo en cuenta en la tramitación parlamentaria del mismo». Sin embargo, para DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2019). *Apoyo a los mayores en el ejercicio de su discapacidad. Reflexiones a la vista del Anteproyecto de reforma de la legislación civil en materia de discapacidad*, *op. cit.*, 40-41 es necesario asumir que «el estándar de protección se ha transformado y evolucionado en el sentido de sustituir y cambiar el criterio “interés superior” por el de “la voluntad y preferencias de la persona”». Además señala que «la valoración de las mencionadas preferencias y deseos de las personas incluye el derecho a equivocarse». En este caso para la autora «se trata de asumir que a la hora de apoyar lo impoente es respetar la voluntad, preferencias y autonomía del apoyado, no entrando como criterio de valoración de la decisión el hipotético perjuicio para la persona con discapacidad, aunque si el peligro para ella».

⁴⁸ El artículo 1041 dispone que: *No estarán sujetos a colación los gastos de alimentos, educación, curación de enfermedades, aunque sean extraordinarias, aprendizaje, ni los regalos de costumbre.*

⁴⁹ La enmienda número 222 del Grupo Parlamentario Vox en el Congreso de los Diputados añade en número 1 «salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor», y en el número 2 «salvo previsión por las medidas de apoyo de cualquier naturaleza de un modo de resolución de dicho conflicto y su aplicación eficaz» (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 159).

⁵⁰ La enmienda número 20 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) añade un apartado segundo a este artículo 254 que dispone que «igualmente, podrá establecerse los órganos de control o supervisión que se estimen convenientes para el ejercicio de las facultades conferidas». Justificación: no solo ha de permitirse la designación de administrador de los bienes, sino además de establecer la posibilidad de crear órganos de control para, por ejemplo, rendir cuentas de esa administración, en base a la autonomía de la voluntad esos órganos de control pueden nacer de la propia voluntad del disponente de los bienes a título gratuito. En relación con las personas sordas o sordociegas, se incluye la utilización de intérpretes o mediadores, en aplicación de la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas. En relación con las personas con ceguera, con base en el artículo 193 del Reglamento Notaría, se propone añadir al final del párrafo el texto indicado (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 14).

⁵¹ La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 2856) poder otorgado a la esposa que le permite la realización de los actos encargados, aunque no conservarse las facultades intelectivas y volitivas, en concreto, la donación a favor de un nieto, como era el deseo del abuelo. Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, secc. 2.ª, de 20 de febrero de 2008 (*JUR* 2008, 166448) entiende que el mandato no se extingue por la incapacitación del mandatario y por razones de seguridad la eficacia del mandato no se corresponde con la aparición de la enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí mismo, sino desde la sentencia judicial que declara la incapacitación. Y, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, secc. 4.ª, de 9 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 239316) la incapacitación sobrevenida del mandante provoca la extinción del mandato al no haberse dispuesto en el poder otorgado la continuación del mandato para este supuesto, en cuya caso el mandato termina por la resolución judicial al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor.

⁵² PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil. En: P.A. Munar Bernat (dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad*, Madrid: Marcial Pons, 199.

⁵³ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, Valencia: Tirant lo Blanch, 661.

⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación. En: Fco. J. Sánchez-Calero (coord.), *Curso de Derecho Civil I*, 8.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 390.

⁵⁵ ROGEL VIDE, C. y ESPÍN ALBA, I. (2008). *Derecho de la persona*, Madrid: Reus, 224-225; SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 390.

⁵⁶ SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 390.

El artículo 1263 del Código civil en la Ley 8/2021, por su parte, dispone que: «los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan por sí solos o con asistencia de sus representantes legales y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales».

⁵⁷ Para SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 392 «la expresión “mandato expreso” la utiliza el artículo 1713 en el sentido de *poder especificado*, aunque sea de forma tácita»; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). «El mandato. La mediación». En: Fco. J. Sánchez-Calero, *Curso de Derecho Civil II*, 10.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 449 habla de «mandato expreso» para llevar a cabo actos de disposición.

⁵⁸ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 448.

⁵⁹ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2016). *Principios de Derecho Civil III*, Contratos, decimotercera edición, Madrid: Marcial Pons, 286-287; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 448.

⁶⁰ SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 457-458.

⁶¹ LINACERO DE LA FUENTE, M. (2013). *Derecho Civil I*, *op. cit.*, 662; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 449-450.

⁶² SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2020). El mandato. La mediación, *op. cit.*, 450.

⁶³ SÁNCHEZ CALERO, FCO. J. (2019). La representación, *op. cit.*, 395.

⁶⁴ PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 209-201.

⁶⁵ GARCÍA RUBIO, M.^aP. (2018). Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio, *op. cit.*, 37-38.

⁶⁶ MAGARINOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad, *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 3, julio-septiembre, 207.

⁶⁷ BADENAS CARPIO, J.M. (1998). *Apoderamiento y representación voluntaria*, Navarra: Aranzadi, 117.

⁶⁸ PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 229.

⁶⁹ Esto parece deducirse de la enmienda 255 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado admitida, pues, al motivar la misma, manifestando al respeto que «el menor de edad mayor de los dieciséis años debe tener capacidad para otorgar medidas voluntarias por coherencia con el sistema. Primero: porque el menor de edad mayor de dieciséis años puede dar consentimiento para multitud de actos tan trascendentes y más que este, como los relativos al consentimiento informado en el ámbito de la salud y todos los derivados del artículo 1263. Y segundo porque es lo coherente con el sistema establecido en la nueva Ley (arts. 91 y 252 CC) que permiten la precisión de medidas de apoyo para cuando el menor cumpla 18 años con diez años de antelación (BOCG, Senado, núm. 172, de 16 de abril de 2021, 180-181).

⁷⁰ PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 230-231 se inclina por exigir al apoderado plena capacidad. Sin embargo, reconoce que, puede ser apoderado preventivo una persona con una medida de apoyo o protección que está siendo aplicadas «esto significa que, si el mandato preventivo del que es mandatario se ha dado por ejemplo, para gestionar las cuentas bancarias del mandante y, a su vez, se pone en marcha una media de protección respecto al mandatario pero solo le afecta a la enajenación de bienes inmuebles, puede continuar siendo mandatario preventivo».

⁷¹ PAU PEDRÓN, A. (2020). De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código civil, *op. cit.*, 421 habla de poderes generales.

⁷² La referencia al consentimiento informado en el ámbito de la salud u otras leyes especiales fue consecuencia de la enmienda número 261 del Grupo Parlamentario Socialista en el Senado. Motivación: es que si no se hace esta salvedad el curador (o el guardador de hecho por la remisión que hace en el artículo 263) necesitará autorización judicial, por

ejemplo, para cualquier actuación médica (pruebas diagnósticas; tratamiento, etc.); lo que no es así a día de hoy, ni es deseable (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, 185-186). En todo caso, al existir leyes especiales en materia de salud, se aplicarían con preferencia y precisamente, en ellas no se exige autorización judicial.

⁷³ En contra, ANCIÓN FERRERAS, M.^ªA. (2020). Instrumentos actuales de prevención de la situación de incapacidad: autotutela y poderes preventivos. En: E. Muñiz Espada (dir.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Madrid: La Ley, 93, pues entiende que la posibilidad de excluir la autorización judicial para el apoderado en los actos que es necesaria para el tutor, entiende que no es posible al ser una norma imperativas de protección.

⁷⁴ El artículo 222-3 del Código civil catalán regula también los documentos de voluntades anticipadas, disponiendo que: «1. La persona mayor de edad con plena capacidad de obrar puede expresar en un documento de voluntades anticipadas las instrucciones para la realización de actos y tratamiento médicos, para el caso en que se encuentre en una situación en que no puede decidirlo por ella misma. También puede designar la persona que en su sustitución, debe recibir la información sobre su salud y decidir sobre la realización de aquellos tratamientos».

⁷⁵ LA LEY 27/2021.

⁷⁶ LA LEY 1595/2021.

⁷⁷ El artículo 3 h) de la Ley Orgánica 3/2021 define situación de incapacidad de hecho como: «situación en la que el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de forma autónoma, plena y efectiva por sí misma, con independencia que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica».

⁷⁸ Admitida la solicitud, el artículo 51 bis.2 de la LJV dispone que «se citará a la comparecencia al solicitante, al apoderado, a la persona con discapacidad que precise apoyo y al Ministerio Fiscal. Si se suscitare oposición, el expediente se hará contencioso y el letrado de la Administración de Justicia citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal».

Por su parte, ALÍ A ROBLES, A., (2020). *Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Actualidad Civil, núm. 2, febrero, 12 sugiere que el apoderado informe a tales personas legitimadas de su gestión sobre actos de relevancia, pues, solo de esta manera «aquellas no pedirán «a ciegas» la extinción del poder o por sospechas o conjeturas, o cuando la situación sea ya demasiado grave e irreversible».

⁷⁹ La enmienda número 23 del Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en el Congreso de los Diputados al artículo 260 apartado segundo respecto de cuándo se hubiere otorgado a favor del cónyuge o de la pareja de hecho del poderdante, el cese de la convivencia producirá su extinción automática, salvo que medie voluntad contraria del otorgante o que el cese venga determinado por el internamiento de este, añade que, cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de fondos podrá instar judicialmente la extinción de los poderes preventivos si concurren tales circunstancias, para lo que se otorgará, si fuera preciso, acta notarial. Justificación. Pone de manifiesto este precepto, con arreglo a la redacción dada por el Proyecto de Ley dos carencias que, pueden dar lugar a inseguridad jurídica. Por un lado, como sucedía hasta ahora, tanto los poderes «ordinarios» como los preventivos, quedarían extinguidos por disposición de Ley en caso de separación judicial o divorcio. Esto se salva en el ámbito notarial hasta ahora por la mera manifestación del apoderado en el sentido que no ha variado el estado civil del poderdante, ya que el notario sigue sin tener acceso a las resoluciones judiciales inscritas en el Registro Civil. Situación que se solventaría posibilitado el acceso inmediato al notario al contenido del Registro Civil (BOCG, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 27-2, de 18 de diciembre de 2020, 15-16).

⁸⁰ Sin embargo, el artículo 114.2 del Código Foral aragonés dispone que: «2. El juez, en resolución motivada, podrá declarar extinguido el mandato a que se refiere el artículo 109, tanto al constituirse la institución tutela, como posteriormente a instancia del tutor o curador».

⁸¹ También se muestra crítica con la regulación del Proyecto de Ley en relación con esta cuestión, PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 222. En todo caso, ALÍ A ROBLES, A., (2020). *Aspectos controvertidos del Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y pro-*

cesal en materia de discapacidad, *op. cit.*, 11 entiende que, el informe de un facultativo de confianza de la persona, podrá ser aconsejable y más acorde con el respeto a la voluntad de la misma o que varias personas verifiquen la situación. Otra opción «es que fuera una resolución judicial la que confirmara ese momento, teniendo en cuenta, lógicamente, las disposiciones específicas de la persona».

Por su parte, el artículo 222-2.2 del Código civil catalán dispone al efecto que «2. El poderdante puede ordenar que el poder produzca efectos desde el otorgamiento, o bien establecer las circunstancias que deben determinar el inicio de la eficacia del poder. En el primer caso, la pérdida sobrevenida de capacidad del poderdante no comporta la extinción del poder. El poderdante también puede fijar las medidas de control y las causas por las que se extingue el poder».

En todo caso, en la enmienda número 109 presentada por D. Josep Lluís CLERIES I GONZÁLEZ (GPN) y D.ª María Teresa RIVERO SEGALÁS (GPN) en el Senado no admitida se proponía fijar en la regulación del apoderamiento mandato preventivo una referencia al comienzo de vigencia estableciendo al efecto que: «1. El poderdante puede ordenar que el poder preventivo produzca efectos desde su otorgamiento o bien establecer las circunstancias que determinará el inicio de su eficacia; 2. En el poder ordinario con cláusula de continuidad y el poder preventivo de eficacia inmediata, el apoderado al ejercitarlo, debe manifestar si el poderdante tienen capacidad suficiente para conocer el alcance de su actuación a los efectos de determinar si es necesaria alguna de las autorizaciones exigidas por el poderdante o por la ley, salvo que esas se hubiera suprimido o modalizado en el otorgamiento; 3. En el poder preventivo de eficacia diferida, el apoderado deberá acreditar su vigencia con documento fehaciente del que resulten cumplidas las circunstancias establecidas por el poderdante. En caso de no haberse previstos especialmente, se entenderá autorizado el propio apoderado para fijar el inicio de su cometido por la discapacidad del poderdante, que deberá manifestar expresamente bajo pena de falsedad» (BOCG, Senado, núm. 172, 16 de abril de 2021, 78).

⁸² Sin embargo, el artículo 222-2.3 del Código civil catalán establece que: «3. Si en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela, la autoridad judicial en aquel momento o con posterioridad, a instancia del tutor, puede acordar la extinción del poder».

⁸³ Igualmente, el artículo 111 del Código Foral aragonés establece que se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción del nacimiento del interesado.

Sin embargo, el artículo 222-8.3 del Código civil catalán señala que será inscribibles en el Registro de Nombramientos tutelares no testamentarios.

Se podría plantear la creación de un Registro específico estatal para los apoderamientos preventivos y las escrituras de autotutela, como el de instrucciones previas.

⁸⁴ Así en el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad el artículo 42 bis b).2 in fine de la LJV se indica que «admitida a trámite la solicitud por el letrado de la Administración de Justicia (...) recabará certificación del Registro Civil, y en su caso, de otros Registros públicos que se consideren pertinentes (Registro de Instrucciones previas), sobre las medidas de apoyo inscritas». En caso de oposición, el artículo 758.1 respecto al proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad (proceso contencioso), igualmente, señala que, «Admitida la demanda, el letrado de la Administración de Justicia recabará certificación del Registro Civil, y en su caso, de otros Registros Públicos que considere pertinentes sobre las medidas de apoyo inscritas».

⁸⁵ PEREÑA VICENTE, M. (2021). El régimen jurídico de los poderes preventivos en la reforma del Código civil, *op. cit.*, 217.

1.2. Derecho de Familia

La crisis de pareja en caso de hijos o progenitores con discapacidad

The couple crisis in case of children or progenitors with disabilities

por

JUAN JOSÉ NEVADO MONTERO

Abogado. Doctor en derecho

RESUMEN: Tras la crisis de pareja, se organiza de forma diferente el núcleo familiar, y es necesario establecer en la resolución que regule las medidas paternofiliales como se van a llevar a cabo las tareas de los progenitores comprendidas en el ámbito de la patria potestad.

Entre las cuestiones a regular se encuentran el régimen de guarda y custodia de los hijos menores de edad, las pensiones de alimentos si proceden, y la atribución del uso de la vivienda familiar, en su caso.

Cuando los hijos o progenitores son personas con discapacidad, dicha circunstancia deberá tenerse en cuenta para establecer las medidas.

ABSTRACT: *After the couple crisis, the family nucleus is organized differently, and it is necessary to establish in the resolution that regulates the parent-child measures as the tasks of the parents included in the scope of parental authority will be carried out.*

Among the issues to be regulated are the system of custody and custody of minor children, alimony if applicable, and the attribution of the use of the family home, where appropriate.

When children or parents are people with disabilities, this circumstance must be taken into account to establish the measures.

PALABRAS CLAVE: Patria potestad. Crisis de pareja. Personas con discapacidad. Pensión de alimentos. Guarda y custodia.

KEY WORDS: *Parental authority. Couple crisis. People with disabilities. Alimony. Guard and custody.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD.—III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD.—IV. DISCAPACIDAD Y PENSIÓN DE ALIMENTOS.—V. DISCAPACIDAD Y GUARDA Y CUSTODIA.—VI. DISCAPACIDAD Y ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La discapacidad sobrevinida de algún miembro de la familia supone un cambio en la dinámica de la misma, y en ocasiones un menoscabo emocional en sus integrantes, que se ven obligados a cambiar la rutina familiar, sus ritmos y sus proyectos.

La alteración suele ser mayor cuando la discapacidad afecta a un menor, y se ven alterados todos los elementos del núcleo familiar: los niños con discapacidad, que pueden presentar desde problemas de movilidad a desórdenes conductuales; sus hermanos, que se pueden sentir desatendidos; y los padres, al poder quedar en segundo plano las necesidades de pareja frente a los requerimientos que necesita el hijo¹.

En situaciones de convivencia de los padres no existirá conflicto, pero cuando acontece la crisis de pareja, si un miembro de la familia es una persona con discapacidad (especialmente de tipo mental o intelectual) surgirán discrepancias en cuanto al ejercicio de la patria potestad o la atribución de la guarda y custodia, y esa circunstancia será tenida en cuenta a la hora de establecer las medidas paternofiliales que regularán el nuevo modelo de convivencia.

II. EL CONCEPTO DE DISCAPACIDAD

El Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española² define la discapacidad como la situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos.

La percepción social de la discapacidad ha ido cambiando a lo largo de la historia, y a su vez ha variado la terminología, desde la consideración de castigo divino a los apelativos de idiotas o cretinos, o la denominación de inválidos que recoge la Ley de la Seguridad Social de 1974.

La Constitución española (en adelante, CE) hace referencia a los disminuidos (art. 49), con una cierta carga peyorativa basada en la negación, siendo con la entrada del nuevo siglo cuando se renueva la cuestión terminológica ocupando la persona su lugar como sujeto, seguido de la condición adjetiva específica, por lo que la fórmula recomendable sería la de personas con discapacidad, o en abstracto, la discapacidad (MORETÓN SANZ, 2005, 63).

El vocablo discapacidad sigue la visión tradicional del enfoque médico que considera a la persona biológicamente imperfecta, por lo que ha habido propuestas para sustituirlo por la expresión «diversidad funcional», ajustado a una realidad donde una persona funciona de manera diferente a la de la mayoría de la sociedad, pero esa normalidad no deja de ser más que una ficción estadística. Una persona sorda se comunica mediante lenguaje de signos mientras que la mayoría lo hace a través del habla y el oído, y alguien con lesión medular se desliza en silla de ruedas, aunque la mayoría lo haga andando. Realizan la misma función, la comunicación o el desplazamiento, pero lo hacen de manera diversa³.

En determinados foros pueden utilizarse de forma indistinta los términos discapacitado, incapaz e incapacitado, sin embargo, desde una perspectiva técnica no son sinónimos, aunque se encuentren interconectados. La discapacidad no tiene por qué implicar una incapacidad natural o de hecho, ni una incapacitación judicial, pertenecen a distintas órbitas (civil y administrativa) y son procedimentalmente diferentes (DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2020, 72).

Según el Informe Mundial Sobre la Discapacidad elaborado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 2011⁴, desde el punto de vista sanitario la discapacidad puede clasificarse en cinco categorías:

- Discapacidad motriz o física: paraplejia, amputaciones, secuelas de la poliomielitis, artritis, etc.
- Discapacidad intelectual: limitaciones de funcionamiento y desarrollo como el Síndrome de Down o Síndrome de Asperger, enfermedad de Alzheimer, etc.
- Discapacidad mental: alteraciones de carácter bioquímico como el trastorno bipolar, la esquizofrenia, depresión, etc.
- Discapacidad sensorial: limitaciones en percepción visual, sonora, etc.

III. LA REGULACIÓN NORMATIVA DE LA DISCAPACIDAD

El primer texto de carácter internacional con referencia a la discapacidad fue la Declaración de los Derechos del Retraso Mental, en 1971⁵, al que siguió la Declaración de los Derechos de los Impedidos de 1975⁶.

Y la primera norma internacional que mencionó a las personas con discapacidad fue la Convención de los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 23 establece que «los Estados Parte reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad».

Pero el punto de inflexión en el tratamiento a nivel internacional de la discapacidad se alcanzó con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CNY)⁷, que el Secretario General de la ONU calificó como el primer tratado de derechos humanos del siglo XXI⁸.

España ratificó la CNY y su Protocolo Facultativo⁹, formando parte desde entonces del ordenamiento interno, por lo que resultó necesaria la adaptación y modificación de varias normas.

A nivel europeo, la Carta Social de 1962 (firmada en Turín el 18 de octubre de 1961), en el punto 15 de su primera parte, consagra que «toda persona inválida tiene derecho a la formación y readaptación», y en el Tratado de Maastricht se contiene como objetivo la lucha contra la exclusión y la integración en el mundo laboral.

La Unión Europea, por Decisión del Consejo de 24 de noviembre de 2009¹⁰, aprobó la CNY.

En España, el artículo 49 de la CE exige a los poderes una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, visibilizando dos cuestiones con consecuencias inmediatas: la existencia de un colectivo vulnerable necesitado de especial protección, y la aclaración de que las personas de ese colectivo eran ciudadanos de pleno derecho en completa igualdad a los demás.

El precepto se encuentra entre los principios de la política social y económica, por lo que establece elementos que han de ser integrados en el tratamiento holístico de la discapacidad (MORETÓN SANZ, 2005, 70).

El texto constitucional adoptó el modelo médico o rehabilitador, imperante en la época de su aprobación, que consideraba la discapacidad como un problema

de la persona que requería asistencia y tratamiento, modelo superado por la CNY (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011, 77).

La CNY sustituye ese modelo médico por un modelo social y de derecho humano, centrado en que la persona con discapacidad participe de forma plena y efectiva en la sociedad, en condiciones de igualdad con las demás (DE LA IGLESIA MONJE, 2015, 358).

Respecto al ámbito personal de protección de la discapacidad encontramos referencias en varias normas.

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, considera como personas con discapacidad en su ámbito de aplicación a las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%, y a las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual al 65%.

El Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social (en adelante, Real Decreto Legislativo 1/2013), las define como quienes presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás, incluyéndose en todo caso a quienes se haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33%, considerando que presentan dicho grado los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

Con relación a esta definición, la STS de 19 de febrero de 2020 establece que la discapacidad y la incapacidad laboral no son equiparables, y reitera que el reconocimiento de una pensión por incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, no da derecho al reconocimiento automático del 33% de discapacidad.

El Real Decreto Legislativo 1/2013 se excedió en la delegación legislativa, y por ello la declaración de discapacidad del 33% está limitada a la propia ley. Así, quien tiene reconocida la incapacidad permanente y percibe la pensión correspondiente, no goza del reconocimiento automático del 33% de discapacidad, con los beneficios que conlleva, pues para ello debería someterse a evaluación de acuerdo al Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y certificado del grado de discapacidad.

Coexisten los términos discapacidad (en el ámbito administrativo), e incapacidad (en el Código civil, en adelante CC).

En sentido técnico, la discapacidad es una situación administrativa y la incapacidad un estado civil que deriva de una sentencia que tiene carácter constitutivo (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, 2011, 55).

Íntimamente relacionada está la noción de dependencia, introducida por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia¹¹, que forma parte del discurso médico y político desde hace años, como el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía precisan de ayuda para las actividades básicas de la vida diaria o apoyos para su autonomía personal (MORETÓN SANZ, 2007, 100).

La necesidad de modificación de normas internas a raíz de la CNY de 2006 afectó a todo el ordenamiento legislativo, sin que prácticamente ninguna disposición que implique ejercicio de derechos por parte de sujetos privados quede inmune (GARCÍA RUBIO, 2018, 174).

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (en adelante, Ley 8/2021)¹² regula de forma separada el tratamiento de los menores de edad, cuyo medio de protección es la tutela, estableciendo la curatela como institución básica de apoyo para los discapacitados, nombrando a un curador que asista y complemente la capacidad de la persona apoyándose en el ejercicio de sus derechos, teniendo en cuenta su propia voluntad y preferencias. Se da con ello nuevo contenido a la institución de la curatela que hasta ahora se reservaba en el Código civil para casos puntuales de prodigalidad o discapacidad que solo requerían asistencia según apreciación judicial (MAGARIÑOS BLANCO, 2018, 200).

Supone una de las reformas más importantes del Código civil desde que entró en vigor la CE, solo comparable a la de 1981, pues cambia más de 150 artículos en materia de Derecho de la persona, sucesiones, contratos y responsabilidad civil.

La Ley 8/2021 adapta el derecho español a la CNY, cuyo artículo 12 reconoce a las personas con discapacidad la misma capacidad jurídica que el resto, en igualdad de condiciones y en todos los aspectos de la vida, obligando a prestarles apoyo para su ejercicio con un sistema de salvaguardas que respete sus derechos, evitando las restricciones de la capacidad de obrar a no ser absolutamente necesarias para evitar perjuicios personales¹³. Esas restricciones deberán ser interpretadas de forma restrictiva, como en el caso del ejercicio de derechos por menores de edad (MORETÓN SANZ, 2009, 58).

El Consejo de Ministros aprobó el 7 de julio de 2020 la remisión a las Cortes del Anteproyecto, y el 17 de julio de 2020 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley, y la Ley 8/2021 se publicó en el BOE de 3 de junio de 2021.

Cuando no se había publicado la Ley 8/2021, el Tribunal Supremo (en adelante TS) sentó unas premisas en los procedimientos en que intervenían personas con discapacidad (PEREÑA VICENTE, 2016, 12):

- la normativa española no está derogada, pero deberá interpretarse a la luz de la CNY, teniendo en cuenta que la incapacitación no cambia la titularidad de los derechos, pero determina su forma de ejercicio.
- el interés de una persona con discapacidad está por encima de cualquier otro, y habrá que ser especialmente cuidadoso para discernir cuál es.
- la incapacitación es una forma de protección de la persona con discapacidad en la medida que lo precise, y ha de ser proporcional a la incidencia que tengan las limitaciones de las facultades intelectivas y volitivas.
- ha de considerarse la capacidad residual de la persona, para reconocerla y potenciarla.
- la curatela, como instrumento de apoyo y asistencia, es más acorde con los principios de la Convención que la tutela.

En esta línea, la STS de 19 de febrero de 2020 considera la curatela como la institución más adecuada para garantizar la autonomía y protección de quien posee un margen de autonomía que le permite un espacio de desarrollo personal que no es digno de un control exhaustivo, en cuanto que flexible y caracterizada

por su contenido de asistencia y supervisión, no por el ámbito personal o patrimonial o por la extensión de actos en los que esté llamada a prestarse.

Procesalmente no encontramos especialidad alguna en las crisis de pareja si alguno de los padres o hijos es una persona con discapacidad, pero un hecho controvertido que se planteó fue la posibilidad de que, si sobrevenia la discapacidad e incapacitación de uno de los miembros de la pareja, pudiera su representante legal estar legitimado para el ejercicio de la acción de separación o divorcio (CABELLO DE ALBA JURADO, 2015, 49).

La cuestión fue resuelta por las STC de 18 de diciembre de 2000 y la STS de 21 de septiembre de 2011.

El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) se pronunció sobre el recurso de amparo interpuesto por una madre que solicitó la declaración judicial de separación de su hija incapacitada. La hija estaba separada de hecho, y sufrió un accidente con graves secuelas, por lo que fue incapacitada. El juzgado autorizó a la madre a entablar demanda de medidas de separación o divorcio, pero se inadmitieron tanto la demanda de medidas provisionales como la de separación por falta de legitimación, al tratarse de un derecho de carácter personalísimo, resoluciones que fueron confirmadas en apelación por la Audiencia provincial. La madre fundamentó el recurso de amparo en la vulneración de los derechos a la igualdad y a la tutela judicial efectiva, que es estimado porque negar la legitimación a la tutora constituye un desproporcionado rigorismo que impide el acceso a dicha tutela, siendo la separación un medio para obtener la satisfacción de un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a situaciones de convivencia matrimonial que les pueden suponer un peligro físico o un menoscabo de su dignidad (las que se establecían como causas de separación).

Once años después confirmó el Tribunal Supremo dicha doctrina. En primera instancia interpusieron demanda de divorcio los padres de una mujer incapacitada, actuando como tutores, contra su marido, no siendo reconocida su legitimación. La sentencia de apelación reconoció la legitimación y declaró el divorcio, por lo que el marido recurrió en casación al considerar la acción de divorcio como personalísima. El problema planteado es diferente, pues el TC centró la cuestión en el interés del incapacitado cuando la separación era causal, pero debía estudiarse si el divorcio podía ser ejercitado por el tutor en nombre del incapacitado, al disolver el vínculo matrimonial. Se consideran en juego dos derechos: el derecho a la libertad de continuar o no casado, y el derecho a la tutela judicial efectiva que permita ejercer acciones de titularidad del incapacitado a través de su representante.

La clave de la resolución del Tribunal Supremo se encuentra en la CNY, que impone a los Estados Parte adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, por lo que de no admitir la legitimación del tutor para instar el divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, convirtiendo de hecho el matrimonio en indisoluble. La acción no puede ser ejercida de modo arbitrario, sino que se debe justificar el interés del incapacitado en obtener la disolución del matrimonio.

La interpretación del interés de la persona con discapacidad, en virtud del artículo 12 de la CNY, pasa por garantizar el reconocimiento y ejercicio de sus derechos, su voluntad y preferencias, reconociendo su capacidad jurídica, que es presupuesto del ejercicio y disfrute de otros derechos como el acceso a la justicia, a no ser internado, no seguir un tratamiento, desplazarse libremente, etc. (GUILARTE MARTÍN CALERO, 2019, 30).

Desde mi punto de vista y aunque las resoluciones se refieren a la acción de separación y divorcio, extrapolando su *ratio decidendi* se incluiría también el establecimiento de medidas paternofiliales respecto a los hijos comunes.

Ninguna duda cabe en el caso de que fuera necesaria la adopción de alguna medida urgente respecto a los hijos de alguna pareja con algún miembro con discapacidad (autorización para intervención médica, solicitar prohibición de salida del territorio nacional, etc.), por cuanto el artículo 158 del Código civil legitima para accionar al juez de oficio o a petición de algún hijo, cualquier pariente, o el Ministerio Fiscal.

En España, según la última encuesta realizada al respecto por el Instituto Nacional de Estadística¹⁴, el número de personas con discapacidad alcanzaba los 3.8 millones el 2008 (últimos datos disponibles), lo que suponía el 8.5% de la población, de ahí la importancia de los estudios dirigidos a dotar de recursos y conocimientos a los profesionales del derecho para que puedan actuar con garantías en aras a salvaguardar el mejor interés de las personas con discapacidad.

IV. DISCAPACIDAD Y PENSIÓN DE ALIMENTOS

El Código civil no establece especialidades para la fijación de pensiones de alimentos para los hijos con discapacidad cuando se produce la crisis de pareja, ni tampoco tiene en cuenta la discapacidad de los progenitores para modular la cuantía.

Desde que se publicara la CNY y ante la inactividad del legislador por incorporar sus postulados a nuestro ordenamiento, ha sido el Tribunal Supremo el que lo ha hecho, tal y como hemos indicado.

La tesis tradicional del Alto Tribunal ha sido la de considerar a los hijos con discapacidad como menores de edad a efectos de alimentos.

El interrogante a resolver es cuál es la situación de los hijos mayores de edad necesitados de alimentos en los procesos matrimoniales cuando se encuentran afectados por discapacidad (ECHEVARRÍA DE RADA, 2017, 2495).

En la STS de 7 de julio de 2014, el padre de un varón con discapacidad del 65%, de 27 años de edad, solicita la extinción de la pensión de alimentos de su hijo, que finalizó sus estudios hace diez años y no se encuentra inscrito como demandante de empleo. La madre alega que depende de ella al padecer un trastorno esquizofrénico paranoide que le impide trabajar, y pretende un aumento en la pensión de alimentos de 400 euros.

Tanto en la instancia como en apelación se declara extinguida la pensión de alimentos, por lo que la madre interpone recurso extraordinario por infracción procesal y de casación (este último apoyado por el Fiscal¹⁵).

El Tribunal Supremo analiza el recurso de casación desde un doble ángulo: la consideración que merece la privación de la pensión únicamente por haber alcanzado la mayoría de edad y poder ser beneficiario de una pensión contributiva de la Seguridad Social, considerando que posee recursos económicos suficientes, y desde la situación personal del alimentista, con una discapacidad grave.

En el primer caso, la obligación de alimentos se prolonga cumplida la mayoría de edad al vivir el hijo con discapacidad en el domicilio familiar y carecer de recursos propios, situación que podría alterarse en algunos casos, por ejemplo, si se produjera la incapacitación y rehabilitación de la patria potestad.

En el segundo, a tenor de lo establecido en la CNY, no cabe reconducir la prestación alimenticia al cauce del artículo 142 del Código civil (alimentos entre

parientes), sino que debe mantenerse la impuesta al amparo del artículo 93, al estar el hijo afectado por deficiencias que requieren cuidados personales, dedicación extrema y exclusiva, y recursos económicos para su manutención mientras carezca de ellos.

Por ello se declaró como doctrina que, la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o la modificación de los alimentos que los padres deben prestarle, y deben equipararse a los que se entregan a los menores mientras el hijo conviva en el domicilio familiar y carezca de recursos.

La doctrina se reitera en la STS de 17 de julio de 2015. En este caso la Audiencia Provincial resolvió mantener los alimentos durante seis meses para que pudieran explorarse las vías de atención a la hija de 27 años con un 67% de discapacidad, pero el Tribunal Supremo casa la sentencia porque, aun no desconociendo su doctrina (cita la STS de 7 de julio de 2014), lo hace sin extraer las conclusiones que se obtienen de la misma y sin dar respuesta inmediata a la situación de discapacidad, posponiendo la solución a un momento posterior y generando incertidumbre respecto a la alimentación de la hija.

El que los hijos con discapacidad perciban pensiones o prestaciones de carácter público puede tenerse en cuenta para cuantificar la pensión, en relación a las posibilidades del obligado (STS de 10 de octubre de 2014), pero en ningún caso, como se ha indicado, conducir a su extinción.

El Alto Tribunal se centra en el interés superior de la persona con discapacidad como criterio inspirador del derecho moderno en los supuestos de hijos mayores de edad con discapacidad, por su conexión con la dignidad de la persona, principio general del Derecho Privado y Constitucional que vincula a los poderes públicos (DE LA IGLESIA MONJE, 2015, 356).

Ese interés superior no ha de ser entendido como un concepto abstracto y objetivo, sino subjetivo, será lo que para la persona sea mejor según sus valores, intereses, estilo de vida y preferencias (PEREÑA VICENTE, 2016, 26).

El criterio expuesto se ha de mantener siempre que concurren las circunstancias del artículo 93 del Código civil, de convivencia en la vivienda familiar y ausencia de medios económicos. En caso contrario procederá la extinción de la obligación de alimentos.

La STS de 13 de diciembre de 2017 declara extinguida la pensión de alimentos que un padre satisface a su hijo con discapacidad. El padre fundó su petición en el hecho de que se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para toda actividad laboral, percibiendo una pensión del Instituto Nacional de la Seguridad Social, y aunque el hijo tiene una discapacidad del 42% con un grado de limitación en la actividad del 32%, ello no impide su formación ni su incorporación al trabajo.

La sentencia establece que no todos los supuestos de discapacidad conllevan la misma solución, y no a todos resulta aplicable la doctrina de la Sala, ya que la CNY exige una respuesta adaptada a las circunstancias particulares valorando si son necesarios los apoyos. En el caso enjuiciado el alimentista padecía enfermedad de Crohn, pero había completado su formación y podía trabajar, y el alimentante se encontraba imposibilitado para el trabajo, por lo que no podía hacer frente a la pensión tras satisfacer sus necesidades más perentorias.

No es equiparable, por tanto, la situación a efectos de la pensión de alimentos de los hijos mayores de edad con discapacidad con la de los menores de edad, aunque dicha circunstancia debe ser ponderada en todo caso, cuando afecta a los padres alimentantes y cuando lo hace al hijo alimentista.

En lo que a la efectividad de la obligación se refiere, en el caso de que se produzcan impagos de pensiones de alimentos destinadas a los hijos mayores de edad con discapacidad, resulta posible acudir al Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, pues dentro de su ámbito de aplicación se encuentran los hijos e hijas mayores de edad con un grado de discapacidad reconocido superior al 65%.

El 1 de enero de 2008 entró en vigor el Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos, una iniciativa que merece ser subrayada por cuanto manifiesta la sensibilidad de los poderes públicos ante el problema social de la falta de pago de las prestaciones (LASARTE ÁLVAREZ, 2018, 379).

En el preámbulo de la norma se citan las disposiciones legislativas que condujeron a su consolidación, a saber: la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que en su disposición adicional decimonovena obligaba al Estado a garantizar el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretara el sistema de cobertura en dichos supuestos y que, en todo caso, tendría en cuenta las circunstancias de las víctimas de violencia de género; la disposición adicional única de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en la que se regula el Fondo de Garantía de Pensiones, en el mismo sentido; la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007, que crea el Fondo de Garantía del Pago de Alimentos (disposición adicional quincuagésimo tercera), y la disposición transitoria undécima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que ordenaba su creación.

El Fondo se gestiona por el Servicio de Gestión de Fondos de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda (hoy Ministerio de Hacienda).

La solicitud puede realizarse tras haber instado la ejecución de la resolución que reconoce el derecho de alimentos sin haber obtenido satisfacción por no haberse pagado los alimentos ni haberse trabado embargo sobre bienes del ejecutado, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la norma (condición de beneficiarios y condiciones económicas), siendo de destacar que el Estado se subroga en los derechos del menor frente al obligado al pago, y repite contra este por el importe total satisfecho. Una vez obtenido el pago del Fondo, el beneficiario no podrá reclamar en vía ejecutiva lo ya cobrado¹⁶.

V. DISCAPACIDAD Y GUARDA Y CUSTODIA

La atribución de la guarda y custodia de los menores ha de abordarse desde dos puntos de vista, según los padres o los hijos sean personas con discapacidad.

En el Código civil no encontramos disposición alguna que haga referencia al ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia por parte de personas con discapacidad, situación paradójica si tenemos en cuenta que el artículo 23 de la CNY obliga a los Estados a garantizar la asistencia apropiada a personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos. Una posibilidad para adaptar nuestro Derecho sería establecer un paralelismo entre las personas con discapacidad y los menores no emancipados, a los que se permite el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia

de sus padres, del tutor o de la autoridad judicial (art. 157 CC). Sería posible incluir un precepto análogo a fin de que las personas con discapacidad pudieran ejercer la patria potestad, lo que encajaría en el sistema de apoyos que establece la CNY (CABELLO DE ALBA JURADO, 2015, 54).

El artículo 94 del Código civil, en sede de efectos comunes a nulidad, separación y divorcio, equipara a menores e incapacitados, y por analogía a los hijos extramatrimoniales, al establecer el derecho del progenitor no custodio a visitarlos, tenerlos en su compañía y comunicar con ellos.

Según la encuesta sobre discapacidad mencionada anteriormente, tres de cada cuatro cuidadoras principales son mujeres, principalmente de entre 45 y 64 años.

Del análisis de esos datos se podría colegir que por lo general la guarda y custodia de los menores con discapacidad se atribuye a la madre, con un régimen de visitas para el padre, situación que contrasta con la postura del Tribunal Supremo a favor de la guarda y custodia compartida.

El Tribunal Supremo estableció como doctrina en 2013¹⁷ que la custodia compartida no es una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.

Esa línea jurisprudencial se ha mantenido, reiterando la bondad del sistema, que garantiza a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos, con las siguientes ventajas¹⁸:

- se fomenta la integración de los menores con ambos padres, evitando desequilibrios en los tiempos de presencia.
- se evita el sentimiento de pérdida.
- no se cuestiona la idoneidad de los progenitores.
- se estimula la cooperación de los padres, en beneficio de los menores, que ya se ha venido desarrollando con eficiencia.

El Código civil únicamente establece como criterio para la adopción del régimen de guarda la valoración de la relación que los padres tengan entre sí y con los hijos (art. 92.6), por lo que han sido juzgados y tribunales¹⁹ los que han considerado necesario ponderar:

- la disponibilidad de tiempo de los progenitores para dedicarlo a sus hijos.
- la estabilidad de los menores en relación con la situación precedente, a fin de conservar su entorno, las relaciones con la familia, círculo social y entorno escolar.
- qué progenitor ofrece mayor garantía de que la relación con el otro se desarrolle con normalidad.
- la dedicación de los progenitores a la familia durante la convivencia.
- la garantía del equilibrio psíquico del menor, para que no se vea afectado por alteraciones que afecten a un progenitor.
- y la precaución de que se deslinde la custodia de otras cuestiones como la atribución del uso de la vivienda familiar o las pensiones de alimentos.
- la distancia entre los domicilios de los progenitores.
- la relación entre los progenitores.

Los criterios se recogieron en parte en el artículo 92.bis.3 del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en los casos de nulidad, separación y divorcio de 13 de enero de 2015, que no llegó a ser aprobado²⁰.

Por supuesto, los criterios relacionados se valorarán para conseguir respetar el mejor interés del menor, norte y guía de cualquier procedimiento en que intervengan menores de edad a tenor de lo establecido en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (en adelante, LPJM).

El instrumento más objetivo para ello es el informe psicosocial, elaborado por profesionales de la psicología, pedagogía o trabajo social tras evaluar generalmente al núcleo familiar en su totalidad y proponer unas medidas adaptadas a sus circunstancias, como el «traje a medida» a que nos referimos al hablar de las resoluciones de incapacitación, y es que no se puede establecer una norma general de cómo puede afectar la discapacidad de padres o hijos en el régimen de relaciones, pues dependerá del tipo y grado de discapacidad, y de cómo incide en la capacidad de cuidar o las necesidades de ser atendido²¹.

Únicamente la normativa foral catalana hace referencia a la evaluación de la discapacidad en el informe psicosocial para establecer el régimen de guarda, si bien, no utiliza el vocablo discapacidad, sino que se refiere a la existencia de enfermedades mentales o anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares²².

Cuando existen menores con discapacidad, el régimen de guarda y custodia deberá acomodarse a lo que a ellos más convenga. Dicho supuesto se trata en la SAP de Córdoba de 23 de enero de 2018, que resuelve el recurso de apelación interpuesto por una madre contra una sentencia de modificación de medidas que mantenía a su favor la guarda y custodia monoparental de dos menores, uno de ellos con discapacidad, con un régimen de visitas para el padre.

Uno de los menores padecía desde muy corta edad trastorno del desarrollo y retraso madurativo, con una discapacidad reconocida del 33%. La madre solicitó que se adoptara la guarda y custodia compartida al haberse registrado una evolución desfavorable en el menor, avalada por un informe de la unidad de salud mental que le atendía, unido a las dificultades de carácter personal surgidas en su entorno, pues el abuelo paterno, que colaboraba atendiéndolo, enfermó de cáncer, falleciendo posteriormente. Además, alegaba que ambos progenitores eran idóneos para el ejercicio de la guarda y custodia, el padre tenía disponibilidad para ejercerla por su trabajo como funcionario en turno de mañanas, y es el sistema considerado normal y deseable por la doctrina.

El Tribunal, en atención a las circunstancias excepcionales del caso, considera que deben incrementarse los deberes respectivos de ambos padres, sin que recaigan principalmente sobre uno de ellos y sin protagonismo de ninguna de las partes, por lo que resuelve que el sistema óptimo es la guarda y custodia compartida.

Esa búsqueda del bienestar del menor con discapacidad puede operar en sentido contrario, y aconsejar que la guarda y custodia sea monoparental si existen razones que lo aconsejen.

Entre dichas circunstancias se encuentra la de ser el progenitor de referencia del menor. La STS de 18 de enero de 2018 concede la guarda y custodia de un menor con un grado de discapacidad del 53% a su madre. Se confirman las sentencias de primera instancia y apelación que consideran a la madre como progenitora de referencia, aunque el padre no sea inidóneo para atender al menor, y su figura sea insustituible para un mejor desarrollo de su personalidad y una

vida más plena. Se opta por la guarda maternal porque preserva la estabilidad del régimen que regía desde la adopción de medidas provisionales, y esa rutina y cotidianeidad es necesaria para el menor con discapacidad.

Cuando la discapacidad afecta a uno de los padres también se tendrá en cuenta el interés del menor, estableciéndose el sistema de guarda que garantice la relación con ambos progenitores siempre que sean aptos para el ejercicio de la patria potestad.

En casos de enfermedades mentales de carácter grave, pero que han sido estabilizadas y tratadas, puede concederse la custodia al progenitor con discapacidad si no está impedido de atender a los menores. El ATS de 27 de marzo de 2019 inadmite el recurso de casación interpuesto por un padre frente a la resolución de la Audiencia Provincial que concedió la custodia compartida a pesar de padecer la madre trastorno bipolar, pues había seguido tratamiento y se consideraba apta para el cuidado del menor, además de que debía de presentar trimestralmente un informe de su psiquiatra. El Alto Tribunal consideró que se había valorado la prueba correctamente, pues los informes que obraban en los autos acreditaban que podía hacerse cargo de su hijo.

Cuando se estime necesario, si alguno de los progenitores sufre una discapacidad que puede afectar a los menores, pueden tomarse medidas para hacer compatible el derecho de relación, como la intervención de la figura del coordinador de parentalidad. Las primeras resoluciones que acuerdan la intervención del coordinador de parentalidad en España se dictan por la Audiencia Provincial de Barcelona, siendo ponente el magistrado D. José Pascual ORTUÑO MUÑOZ (RODRÍGUEZ DÁVILA y SOTO ESTEBAN, 2015, 180).

En la SAP Barcelona de 15 de enero de 2014, se resuelve un recurso en que el padre, que ostentaba la guarda y custodia de sus hijas solicitaba una modificación de medidas a fin de que las visitas de las hijas con su madre se realizaran en un punto de encuentro, para evitar las agresiones y manipulación por parte de esta a causa de una enfermedad psíquica.

El Tribunal considera probado que la enfermedad de la madre está controlada por el tratamiento médico que sigue, y no aprecia adecuado la realización de visitas en punto de encuentro, sino que establece como necesarias medidas educativas para las menores que les faciliten una relación armónica con los progenitores, por ello, al amparo del artículo 233-13 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia (supervisión de las relaciones personales en situaciones de riesgo), se dispone la reanudación de la relación con la madre con la intervención de apoyo de un coordinador de parentalidad designado por los servicios sociales, con facultades para entrevistarse con los miembros de la familia y otras personas del entorno, y para recabar informes del colegio y los servicios sanitarios, debiendo remitir informes periódicos al juzgado.

En el mismo sentido anteponen el derecho de relación entre padres e hijos el Tribunal de Estrasburgo. La STEDH de 10 de enero de 2017, resuelve el recurso de un padre sordomudo, casado con una mujer con discapacidad auditiva pero que se comunica oralmente y en lengua de signos, y que tuvieron un hijo con discapacidad auditiva, que utilizaba audífono y podía comunicarse oralmente.

En los procesos de adopción de medias paternofiliales tras la crisis de pareja se reconoció al padre un derecho de visitas en presencia de la madre, sin acceder a que se llevaran a cabo en compañía de la abuela paterna para facilitar la comunicación. El padre recurrió por vulneración del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, considerando el Tribunal que se vulneró su

derecho a la vida familiar al no adoptar medidas que atenuaran la barrera de comunicación entre padre e hijo.

Sin embargo, en algunos casos no resultará conveniente para los menores que un progenitor con discapacidad ostente la guarda y custodia de los menores si con ello puede causarles algún perjuicio en su desarrollo. No debe tomarse como una represalia hacia el progenitor, sino como una medida para garantizar el mejor interés de los hijos. Así lo establece la STS de 5 de abril de 2019, que confirma el cambio de guarda y custodia a favor del padre en un procedimiento de modificación de medidas al considerar inviable la custodia materna a causa de su enfermedad psíquica. La Audiencia Provincial se desligó del informe del equipo psicosocial que fue correctamente analizado en primera instancia, con un análisis minucioso y detallado de la enfermedad psíquica de la madre y de la abuela materna, realizado con una metodología concienzuda, y que no supone ningún reproche peyorativo hacia la madre, sino que pone el acento en la enfermedad que padece proyectada al interés del menor.

En el caso de situaciones graves, si por la discapacidad de los progenitores pudieran producirse perjuicios para los menores sería posible adoptar medidas drásticas, más allá de la reducción o el control de las visitas, como la privación de la patria potestad²³.

Habida cuenta del carácter de función social de la patria potestad, cualquier limitación a su titularidad o ejercicio debe ser excepcional, por ello el artículo 170 del Código civil, que regula las causas de privación de la patria potestad, debe ser objeto de interpretación restrictiva. El Tribunal Supremo considera que la variabilidad de las circunstancias, exige conceder al juez una amplia facultad discrecional de apreciación, de manera que el precepto se interprete de acuerdo a las circunstancias de cada caso²⁴, pero no se puede descuidar que esa facultad de apreciación está reglada y su aplicación exige tener siempre presente el interés del menor (de no hacerlo, la sentencia que dictaminara la privación de la patria potestad tendría acceso a casación por error en la valoración de la prueba²⁵).

Esa interpretación restrictiva implica que el incumplimiento que motive la privación ha de ser grave, bien por el peligro que suponga para el hijo, bien por su reiteración o duración en el tiempo. Y, además, ha de ser un incumplimiento voluntario. En este sentido, la STS de 2 de julio de 2004, no acepta la privación de la patria potestad de un padre porque, aunque había sido consumidor de drogas, se había sometido a programas de deshabituación. Si se había producido algún incumplimiento de los deberes paternos fue por la conducta obstativa de la madre, y si no había contribuido económicamente a las necesidades del hijo, no fue de forma voluntaria, sino por carecer de ingresos y de bienes. Así, si el progenitor afectado de una discapacidad de carácter psíquico sigue tratamiento que permita apreciar que el ejercicio de la guarda y custodia se ejercerá correctamente, no tiene por qué ser restringido.

La privación de la patria potestad requiere una serie de presupuestos (BERROCAL LANZAROT, 2011, 498):

- Un incumplimiento grave o reiterado de los deberes que implica la patria potestad, o la imposición de una pena o medida de protección ante conductas delictivas.
- Una resolución judicial acordando la medida.
- El carácter excepcional y temporal de la medida, pues se puede recuperar mediante sentencia judicial.

- La posibilidad de privar total o parcialmente de la patria potestad al padre o a la madre.
- Se ha de valorar cada caso de forma restrictiva para salvaguardar el interés de los hijos menores de edad.
- Para garantizar dicho interés la privación debe ser necesaria, oportuna y conveniente.

Y sería una medida de carácter temporal, de acuerdo al tenor del artículo 170 del Código civil, por lo que el progenitor con discapacidad podría ser restaurado en la patria potestad si su evolución así lo aconsejara (pensemos en enfermedades de carácter psíquico que mejoran tras la aplicación de terapia).

Una cuestión que no es baladí es la necesidad de oír a los menores en el procedimiento de adopción de medidas, establecida en cuanto a los efectos de la nulidad, separación y divorcio, en el artículo 92.2 del Código civil, que obliga al juez a velar por el cumplimiento del derecho a ser oídos de los menores cuando se tenga que adoptar cualquier medida sobre custodia, cuidado o educación, teniendo especial relevancia en el ámbito de este trabajo lo dispuesto en el artículo 9.1 de la LPJM, por cuanto garantiza de forma expresa que el menor sea oído y escuchado sin discriminación alguna por razón de discapacidad, siendo necesario contar con profesionales cualificados para la realización de la audiencia a fin de que se realice de acuerdo a su situación evolutiva, en un lenguaje claro, y preservando su intimidad, extremo que cobra especial relevancia cuando se trata de menores con discapacidad²⁶.

El derecho de audiencia de los menores ha sido consagrado como esencial de forma pacífica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁷.

En definitiva, puede ser un error condicionar al juez para establecer un régimen determinado de guarda y custodia, siendo más deseable que en atención a los criterios positivizados, las circunstancias concretas de cada familia, y el interés de la persona con discapacidad, pueda tomar una decisión (JORDÁN ALMEIDA, 2020, 10).

Una cuestión de interés es el modo de ejercicio de la asistencia para actuaciones en negocios jurídicos y como operar en caso de no ser posible la actuación conjunta. El Código civil admite de forma expresa la actuación de un progenitor con el consentimiento del otro (art. 156 CC).

Al encontrarse el artículo 156 del Código civil en el Capítulo I (Disposiciones Generales) del Título VII (De las relaciones paternofiliales), debe interpretarse que se aplica a todos los aspectos de la patria potestad y, por tanto, esa actuación individual con consentimiento sería válida tanto en el ámbito personal como en el patrimonial y en la representación.

Como el ejercicio está atribuido a ambos progenitores, cuando uno actúa individualmente, es necesario el consentimiento del otro, a modo de un apoderamiento, pues sigue siendo tanto titular como ejerciente de la patria potestad (URIBE SORRIBES, 1983, 245), por ello, algunos autores consideran que cuando se autoriza de forma expresa y formal un acto, únicamente aparece como individual de forma conceptual pues práctica y efectivamente se trata de una actuación conjunta (LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, 1984, 729).

En torno al consentimiento es necesario hacer determinadas precisiones sobre los siguientes aspectos:

La primera de ellas acerca de la amplitud del mismo. Es pacífico que el consentimiento puede otorgarse para un acto concreto, pero puede discutirse su

amplitud, pues siendo la patria potestad una institución de orden público irrenunciable e indisponible, no sería posible aceptar consentimientos que implicaran la transferencia, cesión o renuncia de ese derecho-deber.

A pesar del carácter de orden público, la doctrina admite que se permite un cierto grado de autonomía de la voluntad en la regulación del ejercicio de la patria potestad pues, como hemos estudiado, el artículo 156 del Código civil permite los consentimientos, y además de en su último apartado, si los padres viven separados, vincular el ejercicio de la potestad al hecho de la convivencia, que depende de la voluntad de los progenitores, y el artículo 90 del Código civil la posibilidad de establecer disposiciones sobre el ejercicio de la patria potestad en situaciones de crisis.

Incluso puede considerarse que, por la evolución de las familias, con el debilitamiento de vínculos y autoridad, se da un cierto contractualismo, abriéndose al pacto entre progenitores zonas inéditas como el ejercicio de la patria potestad (LACRUZ BERDEJO, 198, 727).

En ese sentido, algunos autores admiten los consentimientos con carácter general entre padres, pero sin que se admita la renuncia o transferencia. Los particulares pueden organizar entre ellos el sistema de ejercicio siempre que al negocio que celebren no se le pueda oponer reparo alguno (DÍEZ PICAZO, 1982, 7).

SEISDEDOS (SEISDEDOS, 1988, 42) considera posible el consentimiento amplio, con fundamento en el tenor literal del artículo 156 del Código civil, sin que se pueda apreciar renuncia a la potestad, pues tanto titularidad como ejercicio siguen siendo conjuntos; el que actúa no lo hace solo, sino en representación de quien consintió; el no actuante no se libera de sus obligaciones ni responsabilidades; y el consentimiento es revocable.

Otro aspecto a tratar es su contenido: para determinar si un progenitor puede autorizar a otro a tomar decisiones en ciertas materias, o si por el contrario han de adoptarse en conjunto y el consentimiento únicamente opera para llevar a cabo esa actuación que se ha adoptado por ambos. El concepto de consentimiento en el artículo 156 Código civil es amplio, por lo que en principio serían posibles ambas opciones, sin que se exigiera consentimiento previo.

La forma que deba adoptar el consentimiento será diferente según el supuesto.

Debería de constar en escritura pública si se otorgara para la realización de algún acto de los incluidos en el artículo 1280 Código civil (a mi juicio ese consentimiento sería inscribible en el Registro Civil), siendo suficiente en el resto de los casos simplemente que constara en documento privado, o incluso que fuera verbal, en atención a que el mandato expreso puede ser de palabra (art. 1710 CC).

En los dos últimos, al igual que si se otorga el consentimiento tácito, el problema será probar su existencia si fuera necesario.

El consentimiento, por su relación con el matrimonio y a tenor de lo dispuesto en el artículo 1325 del Código civil, podría incluirse en capitulaciones matrimoniales (URIBE SORRIBES, 1983, 254), aunque no sería admisible que se pactara su irrevocabilidad para no contravenir el principio de igualdad de derechos que consagra el artículo 1328 del Código civil.

Si se produjera una actuación de un progenitor sin el consentimiento del otro (fuera de los supuestos de actuación individual que contempla el CC), o no se respetara el contenido del acuerdo alcanzado, cabría la anulación del acto a instancias de aquel cuyo consentimiento se haya omitido, por paralelismo con lo establecido en el artículo 1322 del Código civil.

Aunque el precepto se encuentre en el título III del libro IV, referido al régimen económico matrimonial, en muchas ocasiones, los actos de ejercicio de la

patria potestad implican de forma simultánea actos de administración de bienes comunes de los padres (SEISDEDOS, 1988, 49), por ejemplo, la inscripción de los niños en ciertos centros educativos, actividades extraescolares, etc. y suponen un gasto del haber ganancial, de ahí la aplicabilidad a que hacemos referencia.

VI. DISCAPACIDAD Y ATRIBUCIÓN DE USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR

La atribución del uso de la vivienda familiar tras la crisis de pareja se regula en el artículo 96 del Código civil, cuya redacción, a pesar de la litigiosidad que ha suscitado, permanece inalterada desde la reforma operada por la Ley 30/1981, de 7 de julio.

El tenor del precepto es escueto pues establece que, en defecto de acuerdo, la utilización de la vivienda y sus objetos de uso ordinario corresponden a aquel miembro de la pareja en cuya compañía queden los hijos, resolviendo el juez lo que proceda si unos menores quedan con un padre y otros con el otro. Adviértase que el precepto no realiza mención alguna a la solución cuando se establece la custodia compartida, carencia que ha sido complementada por la jurisprudencia, con atribución del uso a quien ostente el interés más necesitado de protección.

El Tribunal Supremo considera el derecho de uso de la vivienda familiar no como un derecho real, sino como un derecho de carácter familiar, cuya titularidad corresponde al miembro de la pareja que ostenta la custodia o, en ausencia de hijos, al más necesitado de protección. Pero, patrimonialmente, la atribución de uso de la vivienda a quien no es titular no impone más restricciones que la limitación de disponer al otro miembro de la pareja. Esta situación contrasta con aquella en que la pareja ocupa la vivienda en precario, pues en este caso la adjudicación del uso a un miembro no puede obtener frente a un tercero una protección mayor a la que ostentaba, y el propietario podría recuperar la vivienda a su voluntad instando el desahucio²⁸.

La condición de precarista de quien ocupa una vivienda cedida sin contraprestación y sin fijación de plazo para ser utilizada por el cesionario y su familia como hogar familiar, una vez rota la convivencia, ha sido pacífica en resoluciones posteriores²⁹.

El Alto Tribunal no se había pronunciado sobre el derecho de uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores de edad con discapacidad hasta el dictado de la STS de 19 de enero de 2017. La recurrente solicitaba la atribución del uso de la vivienda familiar de forma indefinida en lugar de por tres años debido a las circunstancias de la hija, mayor de edad, pero dependiente.

La Sala acota el problema en determinar si entre los apoyos a que hace referencia el artículo 12 de la CNY respecto a la persona con discapacidad está el de mantenerle en el uso de la vivienda familiar al margen de la norma específica reguladora de la crisis de pareja, pues el artículo 96 del Código civil configura el derecho como medida de protección de menores, sin carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los progenitores, y proporciona seguridad jurídica al vincular el uso a un plazo (la mayoría de edad), que opera como límite.

Así, se sitúan en igualdad ambos miembros de la pareja, y se aplica el tercer párrafo del artículo 96, atribuyendo el uso al más necesitado de protección por un tiempo prudencial.

Prescindir del plazo en el caso de hijos con discapacidad sería conculcar dicho precepto, porque impondría al titular del inmueble una limitación que

vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, al sujetar el cese a la recuperación o la desaparición de la discapacidad.

En este sentido, no se puede equiparar el interés del hijo menor de edad, que tiende a su protección y asistencia de todo orden, con el del hijo mayor con discapacidad, que se dirige a preservar la capacidad de obrar mediante un sistema de apoyos orientado a una protección espacial. La equiparación únicamente ha sido realizada a efecto de alimentos, con el interés de que se superara una situación de precariedad mediante apoyo económico, y con la posibilidad de que los alimentos fueran atendidos directamente por el alimentante en su casa.

La sentencia establece que los hijos menores y mayores con discapacidad, son acreedores de la obligación alimentaria de sus progenitores, pero con la mayoría de edad, el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda decae de forma automática y definitiva, porque una cosa es tratar de proteger al vulnerable, y otra imponer limitaciones al uso de la vivienda en las crisis. Con la mayoría de edad los padres pasan a estar en situación de igualdad respecto a su obligación de prestar alimentos a los hijos que no gocen de independencia (incluida la habitación).

Y concluye apuntando la solución a futuro: finalizada la atribución de uso de la vivienda a esposa e hija, la necesidad de alimentos y vivienda de la hija deberá ser atendida mediante la obligación de alimentos de los progenitores, en función de los recursos de los alimentantes y las necesidades a la alimentista.

El razonamiento se repite en la STS de 8 de marzo de 2017, que concluye: «de la referida doctrina se deduce que la discapacidad de un hijo mayor de edad puede posibilitar la fijación de una prestación alimenticia, pero no la atribución de la vivienda familiar».

En el caso enjuiciado en esta última resolución, el padre interpone demanda de modificación de medidas solicitando la extinción de la pensión compensatoria de la madre y pronunciamiento acerca de si la sentencia de divorcio atribuía a la madre el uso de la vivienda de la que él era titular por su condición de militar (vivienda del Instituto de Vivienda, Infraestructura y Equipamiento de la Defensa).

La sentencia de primera instancia concluyó que el que la madre viviera con un hijo discapacitado del que se hacía cargo, no la hacía acreedora de continuar en el uso de la vivienda, que dejó de ser familiar tras el divorcio porque los hijos pasaron a vivir con el padre.

La sentencia de apelación confirmó dicho pronunciamiento, al considerar que las medidas acordadas en la separación mantenían su firmeza hasta la finalización del procedimiento, por lo que habrían claudicado cuando se interpuso la demanda de divorcio, años después, por ello, nada amparaba a la madre para seguir usando la vivienda, que en su día fue conferida al esposo por su condición de militar.

La madre fundamentó su recurso de casación en las infracciones de los artículos 106 (por infracción a la norma sobre vigencia de las medidas provisionales) y 96 del Código civil (por no haberse valorado como interés más necesitado el de la madre, que se hacía cargo del hijo discapacitado, y entender que la vivienda seguía siendo familiar), siendo desestimados todos los motivos.

El texto del la Ley 8/2021 introduce modificaciones de calado en el artículo 96 del Código civil³⁰, pero plantea problemas y tiene lagunas que han sido objeto de estudio por la doctrina (MAGARIÑOS BLANCO, 2018, 218).

El tenor de la reforma atribuye («corresponderá») a los hijos menores comunes de edad y al cónyuge en cuya compañía queden el uso de la vivienda familiar y el ajuar, hasta la mayoría de edad. No da margen a valorar situaciones en que pudiera ser aconsejable atribuir el uso al titular, aunque no ostente la guarda

de los hijos, como sí permiten algunos Derechos Forales (art. 81.2³¹ del Código de Derecho Foral de Aragón, o artículo 233-20³² del Libro Segundo del CC de Cataluña), por lo que pueden darse situaciones como la lejanía de la vivienda al colegio de los menores, o a su entorno de familia y amistades. El plazo de la atribución finaliza de forma taxativa con la mayoría de edad, por lo que es posible comprometer el final de la formación de los hijos, toda vez que los grados universitarios suelen finalizarse con 21 años y los estudios de máster con 23 años.

En cuanto a la posibilidad de disponer de la vivienda, se requiere el consentimiento de ambos miembros o autorización judicial, haciéndose constar la restricción en el Registro de la Propiedad. El texto no deja claro si se trata de un derecho de uso inscribible como tal y, por otra parte, en cuanto al consentimiento de ambos para disponer de la vivienda, no tiene sentido exigirlo al titular de la vivienda si el uso se le ha atribuido a él, si no es que se configura como un derecho de los hijos, en cuyo caso no haría falta la prohibición de disponer hacia los padres.

En ese sentido, la RDGRN de 10 de octubre de 2008 se refiere a un supuesto en que, en el convenio regulador aprobado judicialmente, se atribuía a la esposa el pleno dominio de la vivienda familiar; por liquidación de sociedad de gananciales, así como el uso de dicha vivienda a favor de la misma esposa y de los hijos menores. La DGRN confirma la calificación registral que niega la inscripción del uso, argumentando que es al cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. En consecuencia, no es necesario que se establezca titularidad alguna a favor de los hijos que son beneficiarios, pero no titulares del derecho. Del mismo modo, siendo el contenido del derecho de uso el de contar con el consentimiento de su titular para la enajenación de la vivienda, no es precisa su expresión cuando corresponde al mismo cónyuge que es titular exclusivo de dicha vivienda, ya que en ningún caso se podrá proceder a la enajenación sin su consentimiento.

Sería más lógico su configuración como derecho inscribible con eficacia *erga omnes*, siendo la inscripción obligatoria al afectar a intereses de menores y personas con discapacidad.

Se pierde la oportunidad de regular aspectos sobre los que se guarda silencio a pesar de que han sido litigiosos, como la posibilidad de atribución del uso de segundas residencias (contemplado en el artículo 233-20-6³³ del Libro Segundo del Código civil de Cataluña); la atribución del uso de la vivienda familiar que se ocupa a título de precario, también regulada en la normativa catalana (art. 233-21-2³⁴) en el sentido de finalizar cuando el titular reclama la restitución, adaptándose entonces las prestaciones alimenticias para satisfacer el derecho de habitación; o los gastos de mantenimiento de la vivienda familiar cuando el uso se atribuye al no titular, que pueden entenderse englobados en la prestación alimenticia a favor de los hijos (el Código catalán los atribuye a quien ostenta el uso, incluidos comunidad, suministros, tributos y tasas de devengo anual³⁵).

Una de las alternativas a la atribución de la vivienda familiar al mayor de edad con discapacidad es la denominada compartición asistencial de vivienda, en la que una persona con discapacidad comparte vivienda y rutinas diarias con alguien, denominado cuidador principal, que además de proporcionarle alojamiento y manutención en su hogar, le ofrece su apoyo en cuestiones de trascendencia individual y comunitaria. La institución se articula en un acuerdo contractual supervisado por una entidad especializada de forma que la persona que presta

asistencia percibe una remuneración que puede quedar fiscalmente exenta de tributación.

En España existen programas de ayuda al acogimiento, pero como en muchas otras materias la disparidad, y con ello la desigualdad, es enorme entre comunidades autónomas. En Canadá, origen de la institución, el modelo presupone independencia y ausencia de parentesco entre las partes, lo que no ocurre en España, donde destacan iniciativas como el programa de la Diputación Foral de Guipúzcoa³⁶ que exige que no exista parentesco por consanguinidad o afinidad mayor del segundo grado, o el de la comunidad autónoma de Galicia³⁷ que permite en caso de discapacidad un parentesco por afinidad de hasta el primer grado.

Canadá opta por un modelo más profesional de cuidador, no solo por los requisitos subjetivos que se le exigen y el marco contractual aplicable, sino por la contraprestación económica por la asistencia, que incluye una remuneración y la cobertura de los gastos de la persona con discapacidad, además de la necesidad de estar cubierto por seguros sociales, extremos no contemplados en España (CALDERÓN CORREDOR, 2018, 2074).

A mi juicio, esta figura, además de garantizar la disponibilidad de habitación y de las atenciones que necesita la persona con discapacidad, fomenta su integración en el entramado social, toda vez que hace posible que amplíe su espectro de relaciones más allá del núcleo de la familia biológica.

VII. CONCLUSIONES

I. La curatela, por su contenido de asistencia y supervisión, se ha erigido en la institución que mejor garantiza la libertad de decisión de la persona con discapacidad. Aunque la normativa interna española no está derogada, debe ser interpretada a la luz de la Convención de Nueva York, por ello las sentencias de modificación de la capacidad que se dicten hasta la aprobación de la reforma en materia de discapacidad, deben establecer las medidas de apoyo necesarias para conseguir, en la medida de lo posible, que cada persona ejerza por sí sus derechos, respetando su voluntad y preferencias.

II. El Tribunal Supremo no equipara a efectos de la pensión de alimentos la situación de los hijos mayores de edad con discapacidad a la de los menores de edad, pero la discapacidad es un factor a ponderar al establecer la pensión, afecte a los hijos alimentistas o al padre alimentante.

III. La discapacidad de padres o hijos ha de ser tenida en cuenta para fijar el régimen de guarda y custodia. Se debe preservar el derecho de relación entre padres e hijos, incluso si es necesario con apoyos exteriores como el coordinador de parentalidad, siendo el sistema que más ventajas reporta la guarda y custodia compartidas, aunque deberán valorarse las características de cada grupo familiar para establecer el más idóneo. En situaciones en que la discapacidad de un progenitor puede resultar perjudicial para los menores, puede adoptarse la medida de privación del ejercicio de la patria potestad, no como un castigo, sino como medida de protección.

IV. La jurisprudencia considera que con la mayoría de edad (aún en caso de discapacidad), el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda, decae de forma automática y definitiva, y los padres pasan a estar en situación de igualdad respecto a su obligación de prestar alimentos a los hijos que no gocen de independencia. A pesar de la litigiosidad que origina la atribución de la vivienda familiar, el texto de la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, no aborda cuestiones

como la atribución de segundas residencias, viviendas ocupadas en precario, o la satisfacción de gastos de la vivienda, lo que supone una pérdida de oportunidad para evitar que se solucionen «a golpe de sentencia».

Sería conveniente regular alternativas para la habitación de las personas con discapacidad mayores de edad, como la compartición de vivienda implantada en Canadá, en aras a favorecer su independencia y plena integración según los dictados de la Convención de Nueva York, y evitando a la vez muchos de los problemas que origina la atribución del uso de la que fue vivienda familiar.

V. Siendo las personas con discapacidad merecedoras de una especial protección urge refundir las normas sobre discapacidad dispersas en multitud de textos, y adaptar nuestro Derecho a las normas internacionales. No es la solución que sea el Tribunal Supremo el que en su labor de interpretación y complemento quien lo realice.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 10 de enero de 2017. Kacper Nowakowski contra Polonia.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 311/2000, de 18 de diciembre de 2000. BOE número 14 de 16 de enero de 2001.

TRIBUNAL SUPREMO

- STS 763/2004, Sala 1, de 02 de julio de 2004. Id Cendoj 28079110012004100642.
- STS 859/2009, Sala 1, de 14 de enero de 2010. Id Cendoj 28079110012010100216.
- STS 625/2011, Sala 1, de 21 de septiembre de 2011. Id Cendoj 28079119912011100010.
- STS 372/2014, Sala 1, de 7 de julio de 2014. Id Cendoj 28079110012014100300.
- STS 547/2014, Sala 1, de 10 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100500.
- STS 548/2014, Sala 1, de 14 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100465.
- STS 31/2015, Sala 1, de 17 de julio de 2015. Id Cendoj 28079110012015100441.
- STS 31/2017, Sala 1, de 19 de enero de 2017. Id Cendoj 28079119912017100002.
- STS 167/2017, Sala 1, de 8 de marzo de 2017. Id Cendoj 28079110012017100157.
- STS 666/2017, Sala 1, de 13 de diciembre de 2017. Id Cendoj 28079110012017100623.
- STS 28/2018, Sala 1, de 18 de enero de 2018. Id Cendoj 28079110012018100014.
- ATS, Sala 1, de 27 de marzo de 2019. Id Cendoj 28079110012019201396.
- STS 118/2020, Sala 1, de 19 de febrero de 2020. Id Cendoj 28079110012020100099.
- STS 156/2020, Sala 3, de 19 de febrero de 2020. Id Cendoj 28079140012020100145.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Barcelona, sección 12, número 30/2014, de 15 de enero de 2014. Id Cendoj 08019370122014100117.

- AAP A Coruña, sección 6, número 143/2017, de 29 de diciembre de 2017. Id Cendoj 15078370062017200120.
- SAP Córdoba, sección 1, número 61/2018, de 23 de enero de 2018. Id Cendoj 14021370012018100001.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- BERROCAL LANZAROT, A.I. (2011). La patria potestad: modificación, suspensión, privación, exclusión, recuperación y extinción. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 723, 469-664.
- CABELLO DE ALBA JURADO, F. (2015). Discapacidad y filiación, su determinación, crisis matrimoniales y ejercicio de la patria potestad. En: J.M. Fernández Martínez y M.A. Carmona Vergara (dirs.). *Discapacidad e infancia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 35-56.
- CALDERÓN CORREDOR, Z. (2018). El acogimiento familiar de adultos con discapacidad: la experiencia canadiense. Marco jurídico comparado e incentivos fiscales. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 768, 2061-2081.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2015). Obligación de los padres de prestar alimentos a los hijos mayores de edad con discapacidad. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 747, 355-370.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B. (2020). Discapacitados, incapaces e incapacitados. Problemas en torno a la nulidad y anulabilidad de sus actos. *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 12, 60-83.
- DÍEZ PICAZO, L. (1982). Notas sobre la reforma del Código civil en materia de patria potestad. *Anuario de Derecho civil*, núm. 35, 1, 3-20.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2017). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 757, 2471-2510.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 23, 53-81.
- GARCÍA RUBIO, M.P. (2018). Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil. *Revista de Derecho civil*, núm. 3, 173-197.
- JORDÁN ALMEIDA, S.M. (2020). El tratamiento de la discapacidad en los procedimientos de familia. Especial mención a la custodia compartida. *Cuestiones de interés jurídico IDIBE* [En línea], disponible en <https://idibe.org/wp-content/uploads/2020/06/CIJ-2.pdf>
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2019). *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El Derecho Español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: Reus.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (1982). Un nuevo contractualismo en el derecho familiar. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 727-730.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. y SANCHO REBULLIDA, F.A. (1984). *Derecho de familia*. Barcelona: Librería Bosch.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2018). *Principios de Derecho Civil. Tomo IV. Derecho de familia*, Madrid: Marcial Pons.

- MAGARIÑOS BLANCO, V. (2018). Comentarios al Anteproyecto de Ley para la reforma del Código civil sobre discapacidad. *Revista de Derecho Civil*, núm. 3, 199-225.
- MORETÓN SANZ, M.F. (2005). Protección civil de la discapacidad: patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 61-118.
- (2007). De la minusvalía a la discapacidad y dependencia: pasarelas y asimilaciones legales. *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, núm. 8, 87-108.
- (2009). El ejercicio de los derechos de ciudadanía y de la personalidad por los menores de edad: análisis particular del reconocimiento de la situación de dependencia en España. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*, núm. 1, 57-71.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa. *Revista de Derecho privado*, núm. 4, 3-40.
- RODRÍGUEZ DÁVILA, M.D. y SOTO ESTEBAN, R. (2015). El coordinador de parentalidad. Una propuesta desde dentro. *Psicopatología clínica, legal y forense*, núm. 15, 171-187.
- SEISDEDOS MUIÑO, A. (1988). *La patria potestad dual*. Bilbao: Servicio Editorial Universidad del País Vasco.
- URIBE SORRIBES, A. (1983). La representación de los hijos. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 25, 239-278.

NOTAS

¹ GARCÍA NÚÑEZ R., BUSTOS SILVA, G. (2015). Discapacidad y problemática familiar. *Paakat: Revista de tecnología y sociedad* [En línea], núm. 8, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5695433>.

² <https://dej.rae.es/lema/discapacidad>: «situación de merma o carencia de alguna capacidad física, sensorial o psíquica de la persona, que limita o impide su participación plena e igualitaria en la sociedad o el ejercicio efectivo de sus derechos».

³ Vid. ROMANACH, J. y LOBATO, M. (2005). Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano [En línea]. Disponible en http://forovalidaindependiente.org/wp-content/uploads/diversidad_funcional.pdf.

⁴ Disponible en https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/

⁵ Resolución 2856, de 20 de diciembre de 1971. Disponible en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/26/ares26.htm>

⁶ Resolución 3447, de 9 de diciembre de 1975. Disponible en <https://www.un.org/es/documents/ag/res/30/ares30.htm>

⁷ Aprobada por Resolución 61/106, de 13 de diciembre de 2006. Disponible en http://www.oas.org/DIL/esp/A-RES_61-106_spa.pdf

⁸ Mensaje leído por el vicesecretario general de la ONU en nombre de Kofi Annan <https://news.un.org/es/story/2006/12/1093621>.

⁹ Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE número 96, de 21 de abril de 2008.

¹⁰ Decisión del Consejo de 26 de noviembre de 2009 relativa a la celebración, por parte de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. Diario Oficial de la Unión Europea de 27 de enero de 2010.

¹¹ BOE número 299, de 15 de diciembre de 2006.

¹² Disponible en https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF

¹³ El proyectado artículo 267 establece que «Solo en los casos excepcionales en los que resulta necesario por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará los actos en los que el curador habrá de asumir la representación de aquella; tanto los actos en que el curador deba prestar la asistencia, como aquellos otros en los que deba ejercer la representación, deberán fijarse de manera precisa». La exposición de motivos aclara que en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas con alcance general, de manera excepcional y en supuestos graves.

¹⁴ Encuesta de discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia. Disponible en https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176782&menu=resultados&idp=1254735573175#!tabs-1254736194716.

¹⁵ El fiscal ha de defender los derechos de las personas con discapacidad en virtud de lo establecido en el artículo 3 de su Estatuto Orgánico, en cumplimiento de su misión consagrada en el artículo 124 de la Constitución española. Ostenta legitimación (art. 8.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para velar por las personas desvalidas, entendiendo por tales las que superan el 33% de grado de discapacidad, a tenor del artículo 1.2 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

¹⁶ AAP A Coruña, sección 6, número 143/2017, de 29 de diciembre de 2017. Id Cendoj 15078370062017200120.

¹⁷ STS 257/2013, Sala 1, de 29 de abril de 2013. Id Cendoj 28079110012013100242.

¹⁸ SAP Palma de Mallorca, sección 4, número 31/2019, de 31 de enero de 2019. Id Cendoj 07040370042019100035.

¹⁹ SAP Barcelona, sección 12, de 20 de diciembre de 2006. Id Cendoj 08019370122006100638.

²⁰ Artículo 92.bis.3: «Deberá prestar especial atención en todo caso, a la edad, opinión y arraigo social, escolar y familiar de los menores; a la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos; a la aptitud, voluntad e implicación de cada uno de ellos para asumir sus deberes, respetar los derechos del otro, y cooperar entre sí para garantizar la relación de los hijos con ambos progenitores; a la posibilidad de conciliación de la vida familiar y laboral de los padres; a la situación de sus residencias habituales, a la existencia de estructuras de apoyo en los respectivos ámbitos de los padres, al número de hijos y a cualquier otra circunstancia concurrente en los padres e hijos de especial relevancia para el régimen de convivencia».

²¹ ATSJ Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, sección 1, de 2 de octubre de 2017.

²² Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.— Disposición adicional sexta. Dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental.— 1. Los dictámenes periciales relativos al régimen de ejercicio de la responsabilidad parental tienen por objeto primordial averiguar o apreciar la existencia en el menor, o en alguno de los progenitores o en otros miembros de la familia que convivan con él, de una enfermedad mental o de anomalías de conducta que incidan, perjudiquen o interfieran en las relaciones familiares, para establecer el régimen de guarda y de relaciones personales. También pueden tener por objeto comprender adecuadamente el sistema de relaciones personales existente en la familia o en los nuevos núcleos en que el menor debe integrarse, y las medidas de seguimiento que deban adoptarse para garantizar el derecho de los menores a mantener la normalidad en las relaciones con sus progenitores.

²³ SAP Madrid, sección 22, número de recurso 1151/1997, de 16 de octubre de 1998. Id Cendoj 28079370221998100197, donde se priva a la madre de la patria potestad por sus trastornos de personalidad, sin elemento doloso, pero impeditivos para el cumplimiento responsable y en beneficio del hijo de las funciones integradas en la patria potestad.

²⁴ STS 621/2015, Sala 1, de 9 de noviembre de 2015. Id Cendoj 28079110012015100594.

²⁵ STS 183/1998, Sala 1, de 5 de marzo de 1998. Id Cendoj 28079110011998101908. La Sentencia priva al padre de la patria potestad de una menor al quedar demostrado que nunca se ocupó de ella, y se limitó a pagar algunas pensiones de alimentos, llegando a proponer a la madre renunciar a la patria potestad de la niña. Se basa en el informe del equipo psicosocial a favor de la privación de la patria potestad en interés de la menor.

²⁶ El derecho de los menores a ser oídos se regula además de en otros preceptos del Código civil (arts. 154 y 158 CC en el Título dedicado a las relaciones paternofiliales), en normas de carácter internacional como el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los Derechos de los Niños, y otorga a los menores el derecho a ser oídos en procesos judiciales que les afecten y a solicitar un representante en los conflictos de intereses con sus representantes legales y, sin carácter vinculante, permite reconocer al menor el ejercicio por sí mismo de algunas acciones (fue incorporado al Derecho español mediante Instrumento de ratificación del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996. BOE número 45, de 21 de febrero de 2015), o el artículo 24 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 83/389, de 30 de marzo de 2010), que garantiza que los menores puedan expresar su opinión libremente, y sea tenida en cuenta para los asuntos que les afecten en función de su edad y madurez.

²⁷ Por todas, por el elenco de normas que cita, la STS 413/2014, Sala 1, de 20 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100524.

²⁸ STS 859/2009, Sala 1, de 14 de enero de 2010. Id Cendoj 28079110012010100216.

²⁹ STS 548/2014, Sala 1, de 14 de octubre de 2014. Id Cendoj 28079110012014100465.

³⁰ *Artículo 96*: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de ella corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si entre los hijos hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho. A los efectos del párrafo anterior, los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio precisaren de medidas de apoyo que hicieran conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en la misma situación. Extinguido el uso previsto en el párrafo primero, las necesidades de vivienda de los que carezcan de independencia económica se atenderán según lo previsto en el título VI de este libro, relativo a los alimentos entre parientes. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección. Para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges y, en su caso, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe».

³¹ *Artículo 81.2*. «Cuando corresponda a uno de los progenitores de forma individual la custodia de los hijos, se le atribuirá el uso de la vivienda familiar, salvo que el mejor interés para las relaciones familiares aconseje su atribución al otro progenitor».

³² *Artículo 233-20*. «Apartado 2: Si no existe acuerdo o si este no es aprobado, la autoridad judicial debe atribuir el uso de la vivienda familiar, preferentemente, al progenitor a quien corresponda la guarda de los hijos comunes mientras dure esta.— Apartado 4: Excepcionalmente, aunque existan hijos menores, la autoridad judicial puede atribuir el uso de la vivienda familiar al cónyuge que no tiene su guarda si es el más necesitado y el cónyuge a quien corresponde la guarda tiene medios suficientes para cubrir su necesidad de vivienda y la de los hijos».

³³ *Artículo 233-20-6*: «La autoridad judicial puede sustituir la atribución del uso de la vivienda familiar por la de otras residencias si son idóneas para satisfacer la necesidad de vivienda del cónyuge y los hijos».

³⁴ *Artículo 233-21-2*: «Si los cónyuges detentan la vivienda familiar por tolerancia de un tercero, los efectos de la atribución judicial de su uso acaban cuando este reclama su restitución. Para este caso, de acuerdo con lo establecido por el artículo 233-7.2, la sentencia puede ordenar la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias».

³⁵ Artículo 233-23: «*Obligaciones por razón de la vivienda*.— 1. En caso de atribución o distribución del uso de la vivienda, las obligaciones contraídas por razón de su adquisición o mejora, incluidos los seguros vinculados a esta finalidad, deben satisfacerse de acuerdo con lo dispuesto por el título de constitución.— 2. Los gastos ordinarios de conservación, mantenimiento y reparación de la vivienda, incluidos los de comunidad y suministros, y los tributos».

³⁶ Decreto Foral 89/2008, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Programa de Acogimiento Familiar de personas en situación de dependencia y las ayudas económicas necesarias para su desarrollo. Boletín Oficial de Guipúzcoa número 251, de 31 de diciembre de 2008.

³⁷ Decreto 318/2003, de 26 de junio, por el que se regula el programa de acogimiento familiar para personas mayores y personas con discapacidad. Diario Oficial de Galicia número 145, de 29 de julio de 2003.

Acuerdos para el establecimiento de prohibiciones en los estatutos de propiedad horizontal

Agreements for the establishment of prohibitions in the horizontal property(condominium) statutes

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA
*Profesora titular (acreditada) de Derecho civil,
Universidad Francisco de Vitoria*

RESUMEN: Los estatutos de un edificio en propiedad horizontal constituyen la principal fuente dispositiva en la regulación de la propiedad horizontal, y son las normas que rigen su organización, estructura y funcionamiento. Dichos estatutos pueden contener, en consecuencia, prohibiciones sobre distintas cuestiones que atañen a ella: sobre uso, destino de la cosa, actividades que se pueden realizar, etc. Se analiza en este artículo el régimen de mayorías necesario para poder incorporar una prohibición nueva en los estatutos de una propiedad horizontal, los requisitos que la jurisprudencia ha establecido para ello, su casuística y las dificultades prácticas que dicho procedimiento ha encontrado en la práctica.

ABSTRACT: *The statutes of a building in horizontal property constitute the main operative source in the regulation of horizontal property, and are the norms that govern its organization, structure and operation. These statutes may contain, consequently, prohibitions on different issues that concern it: on use, destination of the thing, activities that can be carried out ... This article analyzes the majority regime necessary to be able to incorporate a new prohibition in the statutes of a horizontal property, the requirements that the jurisprudence has established for it, its casuistry and the practical difficulties that said procedure has encountered in practice.*

PALABRAS CLAVE: Estatutos propiedad horizontal. Prohibición. Acuerdos por mayorías. Junta de propietarios. Actividad turística.

KEY WORDS: *Horizontal property statutes. Prohibition. Majority agreements. Owners' meeting. Tourist activity.*

SUMARIO: I. ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—II. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL.—III. PROHIBICIONES: 1. PROHIBICIÓN DE ESTABLECER UNA VIVIENDA TURÍSTICA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

La propiedad horizontal es un tipo especial de propiedad de naturaleza mixta que se establece sobre un edificio dividido en plantas superpuestas, en la que se diferencia un elemento de propiedad exclusiva sobre cada uno de los pisos o locales de dicho edificio y una copropiedad sobre los elementos comunes (aquellos destinados a una finalidad o servicio común).

La propiedad horizontal se rige por la Ley de Propiedad Horizontal (LPH), en sus preceptos imperativos, pero, en segundo lugar, por la autonomía de la voluntad de las partes de los copropietarios que la conforman, autonomía que se plasma en el título constitutivo de aquella que suele incorporar los estatutos, que recogen las normas de constitución, funcionamiento y gobierno de cada comunidad horizontal.

De este modo, los estatutos se pueden definir siguiendo lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, como «las reglas de constitución y ejercicio del derecho y disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso o destino del edificio, sus diferentes pisos o locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad». Su contenido no está, por tanto, especificado por la Ley, pero es lo suficientemente amplio para que se incorpore en los mismos un sinfín de cuestiones o materias, entre las que, desde luego, se encuentran y a modo de ejemplo, las enumeradas en la STS de 22 de octubre de 2008: «...En verdad, el Estatuto tiene como finalidad la de que se puedan establecer derechos y facultades esenciales, como la exoneración de gastos, la autorización o prohibición de que en las viviendas o locales haya establecimientos profesionales, comerciales o industriales, la posibilidad de división, segregación o agrupación, la determinación de qué elementos comunes son para todos, o cuales para determinados propietarios, la utilización privativa de terrazas en áticos o patios, etc.; no cabe hacer una enumeración de todas las cuestiones que puede contener el Estatuto, pues la posibilidad de fijar reglas es amplísima si no vulneran las disposiciones de la propia Ley».

La forma habitual de aprobación de los estatutos es la realizada por el promotor en el otorgamiento de la escritura pública en la que se declara la obra nueva y se divide horizontalmente el edificio, es decir, en el otorgamiento del título constitutivo de la propiedad horizontal. Y corresponde otorgar el título e incorporar los estatutos en él, al propietario/s del edificio. Si es único, y se trata del promotor, será él quien otorgue el título constitutivo y los propios estatutos que se incorporan al mismo. Pero, si existen ya otros propietarios, porque ya se hayan vendido antes del otorgamiento pisos o locales por medio de documentos privados, en este caso, será necesario el consentimiento de los adquirentes para poder modificar el título constitutivo o los estatutos en cuanto se refieran a circunstancias, datos o hechos que puedan afectar a derechos y obligaciones de los mismos. Eso sí, tienen que ser propietarios de los pisos o locales adquiridos, no bastando para ello, la compra en documento privado. Es necesario que se haya producido la efectiva transmisión del derecho de propiedad a través del título y modo, tal y como ha confirmado la jurisprudencia en numerosas ocasiones: Por ejemplo, las SSTS de 25 de marzo de 2004 y 23 de marzo de 2004, recogen la doctrina de la Sentencia de 21 de junio de 2002 que afirma: «Esta (se está refiriendo a la propiedad horizontal) se constituye como tal, o por el único propietario del edificio, o por los copropietarios, en negocio jurídico plurilateral, calificado como

acto conjunto por la doctrina alemana («Gesamtakte»), que, por ello, precisa el consentimiento de todos los copropietarios, en régimen de propiedad horizontal y en orden a la fijación de las cuotas de participación correspondientes a cada propietario», y «lo mismo, en caso de modificación del título». Todo ello viene establecido en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal cuyo párrafo 2.º dispone claramente dos supuestos: o el propietario único del edificio, como sujeto del negocio jurídico unilateral, o todos los copropietarios, sujetos del negocio jurídico plurilateral; además del laudo o resolución judicial, dice la Sentencia de 30 de marzo de 1999 que: tan solo el propietario único o los propietarios (art. 5 segundo y último párrafos, Ley de Propiedad Horizontal) pueden ser los sujetos de tales negocios jurídicos. Y no es sujeto la persona que ha comprado, pero no ha adquirido el derecho de propiedad sobre un piso o local, al haber obtenido título (contrato) pero no modo (tradición real o simbólica)¹. Sin embargo, si ya son todos propietarios, deberán comparecer todos ellos ante notario, o bien el presidente de la comunidad en representación de aquella, para otorgar el título y aprobar los estatutos. Hay que recordar que, no obstante, su existencia es potestativa ya que, el o los otorgantes del título, pueden o no incorporar estos al mismo. Por lo tanto, es perfectamente posible otorgar los estatutos en un documento separado al título constitutivo del PH, tal y como se deduce de la propia de la Ley de Propiedad Horizontal (art. 5) y de la LH (art. 8.4), que los separa².

En cuanto a su eficacia frente a terceros, se otorguen o no con el título constitutivo o de forma separada, como dice la Ley, es necesaria para ostentarla su inscripción en el Registro de la Propiedad. El artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal añade «que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad», y en el artículo 8 LH se confirma esta idea. Por lo tanto, cualquier regla, prohibición o excepción contenida en los estatutos no obligará al adquirente de un piso en propiedad horizontal si estos no estaban inscritos, ya que no le eran oponibles³, tal y como afirma expresamente la STS de 3 de diciembre de 2014: «... Se reitera como doctrina jurisprudencial que las limitaciones o prohibiciones referidas a la alteración del uso de un inmueble en el ámbito de la propiedad privada exige, para que sean eficaces, que consten de manera expresa. Por lo demás, a fin de tener eficacia frente a terceros deben estar inscritas en el Registro de la Propiedad». No obstante, los estatutos no inscritos deben ser oponibles al tercero si los conocía al adquirir por cualquier circunstancia, por ejemplo: mención en el contrato de compraventa, etc. (lo cual deberá demostrar aquel quien lo alegue), o claro está, si han dado su aprobación expresa o tácita a ellos.

Es fundamental el conocimiento de los estatutos por parte de los propietarios, sobre todo de los nuevos adquirentes, pues solo si conocen su contenido se verán afectados por el mismo. De este modo, si, por ejemplo, los estatutos recogieran una prohibición de actividad y no estuvieran registrados, o no fueran oponibles, el nuevo copropietario no se vería afectado por ella, infringiendo dicha disposición.

La comunidad de propietarios adopta sus decisiones a través de la Junta de Propietarios con los requisitos legalmente establecidos. La aprobación de los estatutos precisa unanimidades o mayorías concretas en la Junta donde se adopte el dicho acuerdo. En un principio, siempre que el acuerdo trate sobre la aprobación o modificación de los estatutos, se requerirá la unanimidad de los propietarios. Esta regla de la unanimidad ha sido modificada, suavizada, en los últimos años en determinados aspectos para facilitar la gobernabilidad y administración de las comunidades, pues el régimen de unanimidad para todos aquellos acuerdos que supusieran una modificación del título o de los estatutos, impedía la toma

de decisiones importantes. Prueba de ello fueron las modificaciones establecidas por la Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas que rebajó la unanimidad a mayoría cualificada de 3/5 para la segregación, división o agregación de pisos o locales, o la sobreelevación de plantas, siempre que fuera para la mejora de la eficiencia energética, ya que, al alterar los pisos, se alteraban las cuotas establecidas en el título constitutivo. Otro ejemplo de ello ha sido la reciente modificación de la Ley de Propiedad Horizontal por el RD Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler, en cuya virtud se rebaja a 3/5 la mayoría necesaria para prohibir las actividades turísticas en los pisos de una comunidad horizontal cuando ello no estuviera previamente previsto en los estatutos; esto será el objeto específico de este trabajo que desarrollamos a continuación.

II. MODIFICACIÓN DE ESTATUTOS DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Como acabamos de decir, los estatutos de una comunidad en propiedad horizontal pueden sufrir modificaciones, consecuencia del devenir normal del edificio, que se adapta a cambios a veces físicos, y otras, jurídicos.

Los cambios producidos deben ser reflejados en un acuerdo de la Junta de Propietarios que los apruebe, y deben quedar reflejados en los estatutos, pues los modifican. La regla general para aprobar un acuerdo que suponga la modificación de los estatutos, como ya hemos dicho, es requerir la aprobación por unanimidad de todos los propietarios⁴, tal y como refleja el artículo 17.6 de la Ley de Propiedad Horizontal: «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».

Los estatutos no son inmutables pero su modificación no es sencilla al requerir esa unanimidad de cuotas y propietarios, tal y como pone de manifiesto la STS de 22 de diciembre de 1993: «si bien el sistema de distribución de los gastos generales, que en principio ha de tener por base la cuota de participación fijada en el título de constitución en régimen de propiedad horizontal, puede ser modificado por medio de los estatutos con observancia de los requisitos legales establecidos en la norma 1.^a del artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal, se exige el acuerdo unánime de todos los propietarios que integran la comunidad para poder modificar las reglas contenidas en la escritura fundacional o en los estatutos». En este sentido, cabe citarse entre otras, la STS de 10 de enero de 2012 que señala cómo el cambio de uso de un elemento común «afectaría al título constitutivo, por lo que en aplicación del artículo 17.1 de la Ley de Propiedad Horizontal, se requiere la unanimidad para la alteración del uso».

Si se consigue el *quorum* necesario para aprobar la alteración, habrá que inscribir la modificación en el Registro, de nuevo, para conseguir su oponibilidad a terceros, tal y como manifiesta la SAP de Valencia de 17 de julio de 2015: «...Es cierto (...) que las modificaciones que se introduzcan en el Título con posterioridad, también deberán tener reflejo en el Registro de la Propiedad, y que la falta de inscripción determinará la inoponibilidad del acuerdo a todos aquellos que en la fecha en que se acordó la modificación estatutaria no eran propietarios de pisos o locales en el edificio de que se trate, pero solo a los terceros de buena fe, lo que no ocurre en este caso en quien, como el actor,

tiene conocimiento de los acuerdos de modificación, como declara probado la sentencia, y no los impugna por causas vinculadas al proceso de adopción, pues desde entonces adquiere legitimación para hacerlo, como resulta de la jurisprudencia que cita en el motivo».

En el mismo sentido se manifiesta la Resolución de la Dirección de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), de 1 junio 2020, afirmando la necesidad de la inscripción de la modificación de los estatutos para que afecten a terceros adquirentes de un piso o elemento privativo con posterioridad a la adopción de dicho acuerdo: «si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos de modificación de estatutos, aunque sea a través de un consentimiento colectivo, es necesario que esta cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 LPH y 13, 17, 32 y 38 LH)»⁵, y ello, continúa esta resolución, se hace en aras de garantizar la transparencia y evitar las cargas ocultas que puedan pesar sobre el inmueble adquirido y no publicadas, como puede ser una prohibición de uso determinado, que iría en contra de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario⁶. Por eso, concluye esta resolución afirmando que «el consentimiento unánime de los propietarios que para la modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal exige el artículo 5 de la Ley sobre propiedad horizontal ha de ser no solo de los propietarios que lo fueran en la fecha de adopción del acuerdo de modificación del título constitutivo, sino de los que sean titulares registrales a la fecha en que dicho acuerdo y la consiguiente modificación estatutaria haya de acceder al Registro, y ello por cuanto para los propietarios actuales no pueden producir efectos aquellas modificaciones del título constitutivo que no hubieran sido inscritas oportunamente, pues para dichos titulares el acto no inscrito constituiría una verdadera carga oculta carente de la transparencia y publicidad necesaria que exige el sistema registral o hipotecario, conforme a sus preceptos y a sus principios».

La modificación de los estatutos es por tanto una cuestión difícil que exige esa unanimidad, y, para que sea oponible a terceros, será necesario siempre su inscripción en el registro, adquiriendo así oponibilidad, salvo que se pruebe el conocimiento de dicha modificación por el tercero a quién debía afectar.

III. PROHIBICIONES

Una forma de modificar un estatuto de un edificio en propiedad horizontal es establecer e incorporar a aquel una nueva prohibición que afecte al uso, al destino, a la propia organización o estructura del edificio.

En concreto, vamos a detenernos en el examen de la incorporación en los estatutos de la prohibición de destinar uno de los elementos privativos (un piso) a uso turístico; es decir, impedir que un piso de esa comunidad de propietarios se utilice como vivienda de uso turístico, en la que se establezca un alquiler turístico de los definidos en el artículo 5.e LAU. Y nos centramos en el supuesto de que esta prohibición sea nueva, es decir, que no estuviera incorporada ya en los estatutos de esa comunidad, pues en ese caso, no habría modificación de estatutos y no generaría más problemas.

El artículo 5.e LAU, tras la reforma de 2013, incorporó un nuevo tipo de arrendamiento de inmueble urbano con unas especiales características, que se

ha denominado «alquiler turístico». La ley establece que estos arrendamientos especiales quedan fuera del marco de la LAU y que se regularán por la correspondiente normativa sectorial (turística, competencia atribuida a las comunidades autónomas). Se entiende que un arrendamiento turístico consiste en «La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística».

Este tipo de alquiler, como ya hemos comentado en otras ocasiones⁷, implica unos arrendamientos de muy corta duración, con una elevada rotación de inquilinos en los pisos, cuya finalidad es el turismo/ocio, lo que supone cierta relajación en las costumbres de los arrendatarios y que puede, en consecuencia, ocasionar molestias al resto de los vecinos (copropietarios), e incluso desgaste o desperfectos en los elementos comunes por el «descuido» y uso excesivo de los propios arrendatarios.

Por todo ello, es normal que determinadas comunidades de propietarios (sobre todo instaladas en barrios turísticos o zonas céntricas de la ciudad), no quieran que dichos inmuebles sean viviendas de uso turístico, se destinen a dicha actividad.

De este modo, cuando en los estatutos de la comunidad no se ha prohibido o contemplado las restricciones a este particular uso o destino⁸, debe incorporarse dicha nueva prohibición al estatuto correspondiente para que sea eficaz, y quedar reflejado en el Registro, para su plena oponibilidad a los nuevos adquirentes de pisos en el edificio correspondiente.

¿Cómo debemos aprobar dicha prohibición? ¿Cómo se hace constar en los estatutos? ¿es directamente oponible? ¿tiene efectos retroactivos? Son las cuestiones que vamos a analizar a continuación.

1. PROHIBICIÓN DE ESTABLECER UNA VIVIENDA TURÍSTICA

La modificación de estatutos que supondría establecer una nueva prohibición de destinar un piso en propiedad horizontal a vivienda turística suponía, en principio, y tal y como acabamos de exponer, la necesidad de que tal prohibición se adopte en un acuerdo de la Junta de propietarios, que debe aprobarse por unanimidad al tratarse de una modificación de sus estatutos.

Esto entorpecía, por no decir bloqueaba, totalmente la posibilidad de aprobar tal acuerdo, ya que el propietario del piso turístico iba a negarse a tal acuerdo, por lo que la unanimidad requerida para ello era imposible de alcanzar. Por eso, se modificó la Ley de Propiedad Horizontal, su artículo 17, introduciendo un nuevo apartado 12⁹, en el sentido de rebajar la unanimidad necesaria para alcanzar tal prohibición, a una mayoría de tres quintas partes. Esta reforma de la Ley de Propiedad Horizontal se introdujo como consecuencia de la reforma de la Ley de Propiedad Horizontal por el apartado tres del artículo segundo del RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler. A partir de ahora, se necesitará 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 para poder establecer la prohibición de un alquiler turístico en el piso en propiedad horizontal. Asimismo, en este nuevo apartado, se establece que también podrán aprobarse los acuerdos que establezcan los gastos

de la comunidad de propietarios cuando exista un arrendamiento turístico, por mayoría de tres quintos (lógicamente para subir la cuota y los gastos de comunidad relacionados a esa vivienda turística).

Desde ese momento, en toda España, la mayoría cualificada para establecer la prohibición de alquiler turístico en un piso en propiedad horizontal, de forma excepcional, será de 3/5. Copia la norma estatal la regulación catalana que ya establecía una mayoría especial en el artículo 553-26.2 CCCat, si bien mayor que la adoptada en la Ley de Propiedad Horizontal, pues era necesario aprobarlo por una mayoría de 3/4.

Hay que señalar, como afirman ARIÑO y FAUS¹⁰, que, esta mayoría cualificada que rebaja la regla general de unanimidad para modificar un estatuto, solo aplica al caso concreto de limitar o condicionar la actividad turística en un piso en propiedad horizontal, pero que, dentro de esa limitación, por supuesto, cabe la prohibición total de dicha actividad, como ha puesto de relieve la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (RDGSJFP) de 16 de junio de 2020: «En cuanto al alcance de la modificación que se pueda hacer en los estatutos amparándose en la mayoría especial establecida por el artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, (...) el propio texto de la norma, literalmente entendido, cuando alude a que «se limite», es decir, «poner límites a algo», en modo alguno impide la prohibición de una actividad. Es más, cuando expresa “limite o condicione”, la disyuntiva indica claramente que se refiere a supuestos distintos y alternativos, admitiéndolos de mayor a menor en cuanto a las facultades limitativas que se reconocen a la comunidad de propietarios»¹¹.

Pero, sin embargo, seguirá siendo necesaria la unanimidad para incorporar cualquier otra prohibición en el estatuto diferente de aquella; por ejemplo, instalar un comercio determinado, un bar o restaurante, o incluso cualquier otro negocio de carácter hostelero turístico¹². Y viceversa, también se requerirá la unanimidad para el supuesto totalmente contrario: permitir expresamente el arrendamiento turístico¹³. Interpretación restrictiva, en consecuencia, de la excepción establecida en la norma, como no podía ser de otra forma, pues el legislador utiliza las palabras «limite o condicione».

En resumen, la prohibición de destinar un determinado piso en propiedad horizontal al arrendamiento turístico recogido en el apartado e) del artículo 5 LAU, puede hoy en día aprobarse por una mayoría de 3/5 partes, pero para que esta prohibición sea oponible a terceros adquirentes debe estar, tal y como hemos dicho antes, inscrita en el Registro de la Propiedad, siguiendo el régimen general para todas las modificaciones de estatutos que hemos explicado anteriormente. De hecho, incluso, al contrario, se explica esa eficacia frente terceros, cuando la prohibición está inscrita, prevaleciendo sobre autorizaciones administrativas que la permitían. Es el supuesto que resolvió la STSJ Cataluña, en la sentencia de 24 de enero de 2019. En este caso se trataba del siguiente supuesto: Se adquiere una vivienda en propiedad horizontal con autorización administrativa para ejercer la actividad turística concedida al anterior propietario de aquella, sin embargo, en el momento de la adquisición, ya consta debidamente inscrita en el Registro de la Propiedad la prohibición que estableció la comunidad de propietarios en cuestión para el destino al uso turístico de los elementos que la componen. El nuevo propietario del piso se ve afectado por esa prohibición, ya inscrita y por tanto oponible y conocida por él cuando adquirió la propiedad del inmueble, sin que pueda prevalecer sobre aquella la autorización administrativa concedida al anterior propietario, pues esta no es una suerte de derecho real que siga al inmueble¹⁴; se ve obligado, entonces, a cesar esa actividad si así es requerido por

la comunidad¹⁵. En el mismo sentido, se manifiesta la Resolución de la Dirección General de Derecho y Entidades Jurídicas de Cataluña, de 6 de febrero de 2017, que diferencia entre la expectativa y el derecho adquirido: «Así, si un propietario ha adquirido su elemento privativo en un momento en que en el Registro no aparecían las normas de comunidad que le limitaban un uso determinado del mismo, no puede ser privado de este uso contra su voluntad, pero tampoco puede impedir, con su voto contrario, que la norma de comunidad aprobada por la mayoría del 80% o más acceda al Registro de la Propiedad de manera que, una vez inscrita, los futuros adquirentes no podrán alegar desconocimiento y se verán privados del uso que las normas limitan o prohíben. Dicho de otra manera, los propietarios disidentes podrán seguir usando el elemento privativo de manera ajustada a la que establecían los estatutos cuando lo adquirieron mientras sean propietarios. Incluso podrán modificar el elemento privativo para destinarlo al uso que los estatutos ahora prohíben, pero cuando adquirieron el inmueble no. Ahora bien, cuando transmitan el inmueble, los adquirentes, que tendrán conocimiento de la limitación, ya no podrán iniciar el uso prohibido o, si es el caso, tendrán que cesar en este uso...».

Si un propietario, a pesar de la prohibición existente y publicada, destinara su vivienda a uso turístico, entendemos que la comunidad de propietarios podría interponer frente a él una acción de cesación, por destinar el piso a una actividad ilícita, en función de lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal¹⁶, y podría hacerlo de forma automática sin tener que probar la actividad molesta y su continuidad.

Por último, conviene volver a señalar que los acuerdos adoptados para la prohibición de actividad turística en los pisos en propiedad horizontal no tienen eficacia retroactiva, es decir, al igual que el régimen general, no podemos entender que la prohibición adoptada en una comunidad de propietarios pueda afectar a aquellos pisos que se utilizan como viviendas turísticas, ya que cuando se constituyeron como tales no existía prohibición alguna, y no puede, en consecuencia, extenderse su eficacia hacia el pasado, tal y como confirma el artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal, que recoge expresamente la falta de efectos retroactivos de los acuerdos limitativos de uso turístico y el aumento de cuotas por este motivo.

IV. CONCLUSIONES

I. Las comunidades de propietarios se dotan de los estatutos que rigen su funcionamiento y organización, y se modifican según el devenir de la propia comunidad que así lo exige.

II. Los cambios en los estatutos de una propiedad horizontal exige, por regla general, un acuerdo de la Junta de Propietarios adoptado por unanimidad. Si bien, esta regla general admite excepciones como es el caso de incorporar a los estatutos una prohibición de destinar una vivienda a uso turístico.

III. Esta prohibición puede adoptarse por una mayoría cualificada de 3/5 partes, desde la reforma de 2019 del artículo 17 de la Ley de Propiedad Horizontal, que introdujo un nuevo párrafo 12 que así lo contempla. Esta reforma se justifica en la necesidad de flexibilizar las mayorías en este caso, pues si no, nunca podría aprobarse dicha prohibición al no consentirla el propietario afectado.

IV. Las nuevas mayorías exigidas deben interpretarse de forma restrictiva, y solo se aplicarán a los acuerdos que establezcan dichas prohibiciones, pero

no a otros que establezcan otro tipo de prohibiciones de uso o destino aunque sean similares. De igual forma, tampoco se rebajará la unanimidad para aprobar expresamente que se puedan establecer viviendas turísticas en una comunidad determinada.

V. Esas prohibiciones aprobadas deben inscribirse en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad *erga omnes*, y una vez inscritas no pueden desconocerse por los terceros adquirentes de un inmueble, ni siquiera, si se hubiese adquirido con autorización administrativa otorgada al anterior propietario transmitente para llevar a cabo tal actividad.

VI. Estos acuerdos prohibitivos no tendrán en ningún caso efectos retroactivos.

VII. En consecuencia, estas prohibiciones de destinar un piso en propiedad horizontal a vivienda de uso turístico son excepcionales tanto en el procedimiento de aprobación, como en sus efectos, y así deben entenderse siempre sin que quepa extrapolarlas a otros casos.

V. RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUTIONAL

- STC de 9 de mayo de 1995

TRIBUNAL SUPREMO (SENTENCIAS)

- STS de 3 de febrero de 1975
- STS de 25 de junio de 1984
- STS de 3 de julio de 1984
- STS de 27 de febrero de 1987
- STS de 22 de diciembre de 1993
- STS de 30 de marzo de 1999
- STS de 21 de junio de 2002
- STS de 23 de marzo de 2004
- STS de 25 de marzo de 2004
- STS de 26 de marzo de 2008
- STS de 22 de octubre de 2008
- STS de 11 de diciembre de 2009
- STS de 10 de enero de 2012
- STS de 3 de diciembre de 2014

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA CATALUÑA

- STSJ de Cataluña de 24 de enero de 2019

AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP de Valencia de 17 de julio de 2015

DIRECCIÓN GENERAL DE SEGURIDAD JURÍDICA Y FE PÚBLICA (RESOLUCIONES)

- DGSJFP de 5 de abril de 2020
- DGSJFP de 1 de junio de 2020
- DGSJFP de 16 de junio de 2020
- DGSJFP de 5 de noviembre de 2020
- DGSJFP de 15 de enero de 2021
- DGSJFP de 22 de enero de 2021

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO (RESOLUCIONES)

- DGRN de 23 de julio de 2005
- DGRN de 9 de febrero de 2008
- DGRN de 22 de septiembre de 2009
- DGRN de 25 de abril de 2013
- DGRN de 1 de julio de 2013
- DGRN de 11 de mayo de 2018
- DGRN de 27 de junio de 2018
- DGRN de 18 de julio de 2018
- DGRN de 29 de mayo de 2019
- DGRN de 19 de diciembre de 2019

DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHO Y ENTIDADES JURÍDICAS DE CATALUÑA (RESOLUCIÓN)

- DGDEJC de 6 de febrero de 2017

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, B y FAUS, M. (2021). Acuerdos relativos a la prohibición de pisos turísticos, disponible en <https://practicos-vlex.es/vid/acuerdos-relativos-prohibicion-pisos-757776385>.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2019). Análisis de las relaciones jurídicas entre propietario y huésped en el alojamiento colaborativo: aproximación a su naturaleza jurídica y regulación, en *Conflictos y retos jurídicos del Alojamiento Colaborativo (a través de plataformas electrónicas)*, [Goñi Rodríguez de Almeida, M. (dir.)], Thomson-Reuters Aranzadi, 113-158.
- (2018). El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico, *RCDI*, núm. 767, mayo-junio, 1545-1556.
- (2018). El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios, *RCDI*, núm. 765, enero-febrero, 496-513.

NOTAS

¹ En el mismo sentido encontramos otras Sentencias del Tribunal Supremo, como: 3 febrero 1975; 27 febrero 1987; 11 diciembre 2009.

² Artículo 8.4 LH: «...Se inscribirán como una sola finca bajo un mismo número: 4.º. Los edificios en régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté concluida o, por lo menos, comenzada. En la inscripción se describirán, con las circunstancias prescritas por la Ley, además del inmueble en su conjunto, sus distintos pisos o locales susceptibles de aprovechamiento independiente, asignando a estos un número correlativo escrito en letra y la cuota de participación que a cada uno corresponde en relación con el inmueble. En la inscripción del solar o del edificio en conjunto se harán constar los pisos meramente proyectados. Se incluirán, además, aquellas reglas contenidas en el título y en los Estatutos que configuren el contenido y ejercicio de esta propiedad. La inscripción se practicará a favor del dueño del inmueble constituyente del régimen o de los titulares de todos y cada uno de sus pisos o locales.»

³ Así lo pone de relieve, por ejemplo, la STS de 26 de marzo de 2008 afirmando que «aunque es factible la integración de las cláusulas de exoneración en el Título Constitutivo, por tratarse de una excepción a la regla general que marca una cuota de propiedad para cargas y beneficios, esta situación ha de ser interpretada de manera restrictiva (SSTS de 25 de junio y de 3 de julio de 1984), y, en todo caso, para su validez han de estar inscritas, con dicho documento, en el Registro de la Propiedad, pues si este requisito no se cumple, los futuros propietarios no están obligados a la observancia de algo en cuya elaboración no han participado y que no figura reflejado en la publicidad registral».

⁴ En este sentido se manifiesta la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 1 de junio de 2020: «Esta necesidad de unanimidad para los acuerdos que impliquen modificación del título constitutivo se ha mantenido aun cuando las sucesivas reformas de la Ley sobre propiedad horizontal, entre las últimas por Ley 8/2013, de 26 de junio, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, que precisamente dio nueva redacción al artículo 17, han ido encaminadas a facilitar que los acuerdos alcanzados, especialmente para incorporar actuaciones previstas en la citada ley, no queden ineficaces y así el preámbulo de la citada Ley 8/2013 expresa que no se puede hacer depender la adopción de los mismos de que las comunidades de propietarios adopten dicha decisión por unanimidad o por mayorías muy cualificadas, máxime cuando van a incluir obras que, aunque afecten al título constitutivo o a los estatutos, en realidad competen a la Administración actuante autorizar o, en algunos casos, exigir».

⁵ En el mismo sentido se manifiestan las RRDGRN de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 11 de mayo, 27 de junio y 18 de julio de 2018 y 29 de mayo y 19 de diciembre de 2019, 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009, 25 de abril y 1 de julio de 2013, 11 de mayo, 27 de junio y 18 de julio de 2018 y 29 de mayo y 19 de diciembre de 2019.

⁶ Literalmente esta resolución establece que «Precisamente el fundamento del principio de inoponibilidad de los títulos no inscritos frente a los derechos inscritos, radica en razones de seguridad jurídica del tráfico (art. 9.3 de la Constitución), para evitar las cargas ocultas y la clandestinidad en el ámbito inmobiliario, que es precisamente lo que la legislación hipotecaria trata de evitar. Dicho principio ya fue mencionado expresamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 1995 que señaló como expresión de dicho principio los artículos 606 del Código civil y 32 de la Ley Hipotecaria. También hacen referencia al principio de inoponibilidad las Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1989, 15 de noviembre de 1990 y 30 de noviembre de 1991, entre otras. Asimismo, la Sentencia de la misma Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 2007, no exigió el requisito de previa inscripción respecto al artículo 32 de la Ley Hipotecaria, pero sí la buena fe del tercero, que la ley presume. La admisión de cargas ocultas produciría enormes perjuicios en el tráfico inmobiliario y fomentaría la clandestinidad frente a la necesidad de transparencia y publicidad de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles. De ahí la sanción establecida por los citados artículos 32 de la Ley Hipotecaria, 606 del Código civil y 5 de

la Ley sobre propiedad horizontal para los títulos no inscritos, que solo puede responder a una falta de diligencia frente a los titulares que procuran la inscripción acogiéndose a la publicidad registral. En este caso, como en otros que la legislación civil e hipotecaria tratan de evitar con un tratamiento de prevención específica frente a esa clandestinidad o falta de transparencia, resulta que a los sucesivos adquirentes de pisos, no les puede afectar la carga oculta representada por el acuerdo adoptado por la junta de propietarios que modificaron el título constitutivo de la propiedad horizontal a los nuevos propietarios que compraron estando vigente en el Registro el título constitutivo inscrito sin las correspondientes modificaciones».

⁷ Véase en este sentido: GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M. (2019), Análisis de las relaciones jurídicas entre propietario y huésped en el alojamiento colaborativo: aproximación a su naturaleza jurídica y regulación, en *Conflictos y retos jurídicos del Alojamiento Colaborativo* (a través de plataformas electrónicas), [Goñi Rodríguez de Almeida, M. (dir.)], Thomson-Reuters Aranzadi, 113-158. ISBN 978-84-1309-544-8; (2018) El cambio de uso de un elemento privativo en propiedad horizontal: de vivienda a alojamiento turístico, *RCDI*, núm. 767, mayo-junio, 1545-1556; y (2018) El alquiler vacacional como actividad molesta en la Comunidad de propietarios, *RCDI*, núm. 765, enero-febrero, 496-513.

⁸ Lo cual es bastante frecuente porque son actividades de reciente aprobación, por lo que los estatutos de comunidades con cierta antigüedad es difícil que incorporen esta prohibición.

⁹ Artículo 17.12 de la Ley de Propiedad Horizontal: El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá 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. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos.

¹⁰ ARINO, B y FAUS, M. (2021). Acuerdos relativos a la prohibición de pisos turísticos, disponible en <https://practicos-vlex.es/vid/acuerdos-relativos-prohibicion-pisos-757776385>

¹¹ En este sentido, corroboran esta doctrina la reciente RDGSJFP de 22 de enero de 2021 que recoge lo establecido en la RDGSJFP de 16 de junio de 2020 y otras posteriores como la de 5 de noviembre de 2020 y 15 de enero de 2021. Esta resolución afirma lo siguiente: «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 («la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística» son los términos que emplea la letra «e») del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), así como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12. Esta Dirección General ha puesto de relieve recientemente que, al permitir esta norma limitar o condicionar la actividad de alquiler de índole turística de las viviendas también admite que se establezca una prohibición absoluta de dicha actividad (Cfr. las Resoluciones de 16 de junio y 5 de noviembre de 2020 y 15 de enero de 2021)».

¹² Confirman esta tesis las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

¹³ En este sentido la RDGRN de 19 de diciembre de 2019: 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 c 5 de abril de 2020, 16 de junio de 2020, 5 de noviembre de 2020, 15 de enero de 2021. uotas de participación para 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 («la cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística» son los términos que emplea la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos), así como para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%, si bien en cualquier caso estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos, según dispone el mismo apartado 12.

Este artículo 17.12 es aquel que ha servido de base en la escritura y en el que se ampara el recurrente para entender que basta la citada mayoría de tres quintos y no la unanimidad. Sin embargo, el precepto, tal como se acaba de exponer, se refiere al acuerdo «por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994» y en este caso el acuerdo tiene precisamente la finalidad contraria, modificar los estatutos de la comunidad para ampliar o aclarar los usos a que pueden destinarse los departamentos, incluyendo entre ellos el arrendamiento de temporada, explotación turística o vacacional, y disponiendo en un nuevo artículo estatutario que quedan autorizados por la comunidad los alquileres turísticos o vacacionales. La modificación estatutaria es un acto de la junta como órgano colectivo de la comunidad, pero este apartado 12 del artículo 17 no puede servir de fundamento para reducir la mayoría necesaria en este caso al voto favorable de tres quintas partes de propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación, sino que habrá que acudir a la regla general del apartado 6 del mismo artículo 17 de la Ley de propiedad horizontal, que exige la unanimidad del total de los propietarios que, a su vez, representen el total de las cuotas de participación, para los acuerdos no regulados expresamente en dicho 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, que es el supuesto ahora analizado. Es más, según reiterada doctrina de esta Dirección General (cfr. Resoluciones de 23 de julio de 2005, 9 de febrero de 2008, 22 de septiembre de 2009 y, 25 de abril y 1 de julio de 2013), si en el Registro apareciesen inscritos derechos de dominio adquiridos por terceras personas en un momento posterior a la fecha de adopción de los acuerdos debatidos, sería necesario que dicha modificación de los estatutos cuente con el consentimiento de esos nuevos titulares de elementos privativos, por cuanto estos terceros no pueden verse afectados por las modificaciones del título constitutivo que no hubieren sido inscritas oportunamente (cfr. arts. 5 LPH y 13, 17, 32 y 38 LH).

¹⁴ LA RDGRN de 27 de junio de 2018, afirma que «la autorización administrativa para el inicio o aún la continuación de la actividad no constituye una suerte de derecho real que sigue a la vivienda en su transmisión. Antes bien, es la limitación específica de unos determinados usos debidamente inscrita en el Registro la que tiene alcance real, inherente a la propiedad que se adquiere y excluyente de otros usos posibles».

¹⁵ La STSJ Cataluña de 24 de enero de 2019, confirma la sentencia de la audiencia provincial y afirma que: «ja que la demanda s'ha estimat perquè la sala d'apel·lació entén que la prohibició continguda en els Estatuts afectava el propietari que va adquirir la finca amb la prohibició inscrita en el Registre de la Propietat, tenint en compte, a més, la mala

fe amb què hauria estat obtinguda l'autorització administrativa pel propietari anterior de l'habitatge».

La sentencia reproduce incluso las alegaciones del actor en el sentido de considerar que la autorización administrativa ni siquiera era tal, y que el anterior propietario actuó de mala fe, solicitando dicha autorización para actividad turística, ante la previsión de que la comunidad de propietarios la iba a prohibir, lo que abunda en la inoponibilidad de dicha autorización, que no tiene eficacia real alguna, y concluye que el nuevo propietario adquirió cuando dicha prohibición estaba inscrita y por lo tanto le afecta: Sin perjuicio de ello, y a mayor abundamiento, es de todos sabido que actualmente el régimen de licencias administrativas es el régimen de comunicación previa en la que la administración, tras la presentación por el interesado de la documentación pertinente, se limita a darse por «assabentada», de tal manera que, no fue sino inmediatamente después de que a finales de 2013 se convocara la Junta con el ánimo de ser celebrada el día 8 de enero del 2014, que en el interín, —en concreto el 3 de enero de 2014—, el entonces nudo propietario de dicha vivienda, don Carlos José procedió rápidamente a presentar ante el Ayuntamiento tal comunicación que la adversa llama licencia pero que no lo es, sino que es simplemente la comunicación previa de apertura de actividad para vivienda de uso turístico, según modelo normalizado denominado «Anexo III.3», por lo que, aunque formalmente dicha comunicación previa sea anterior en apenas cinco días a la celebración de la Junta es posterior a su convocatoria y se practicó sabiéndose del inminente orden del día y del contenido de la propuesta de estatutos complementarios que ratificaban el régimen de prohibición, lo que abunda todavía aún más si cabe en la oponibilidad del acuerdo al haberse hecho fraudulentamente la comunicación previa justamente para intentar eludirla y evitar su aplicación.

¹⁶ Artículo 7.2 de la Ley de Propiedad Horizontal: *Al propietario y al ocupante del piso o local no les está permitido desarrollar en él o en el resto del inmueble actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas.*

1.4. Sucesiones

La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación: ¿aplicable también en los derechos civiles autonómicos?

The new doctrine of the Spanish Supreme Court on psychological abuse and disinheritance: also applicable to the regional civil legislations?

por

MÓNICA GARCÍA GOLDAR
Investigadora postdoctoral
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN: En este trabajo analizaremos la repercusión que las importantes Sentencias del Tribunal Supremo de 2014, 2015 y 2019, relativas a la posibilidad de desheredar a un legitimario cuando medie maltrato psicológico, han tenido sobre los derechos civiles autonómicos con regulación expresa en materia sucesoria.

ABSTRACT: *In this paper we will analyze the repercussion that the important Supreme Court Judgments of 2014, 2015 and 2019, regarding the possibility of disinheriting a heirship when there is psychological abuse, have had on regional civil legislations that regulate succession matters.*

PALABRAS CLAVE: Cambio doctrinal. Tribunal Supremo. Maltrato psicológico. Desheredación. Derechos civiles autonómicos.

KEY WORDS: *Doctrinal change. Spanish Supreme Court. Psychological abuse. Disinheritance. Regional civil legislations.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2014: ANTES Y DESPUÉS: 1. ANTECEDENTES DEL «MALTRATO DE OBRA». 2. LA NUEVA DOCTRINA: EL MALTRATO PSICOLÓGICO SÍ ES CAUSA PARA DESHEREDAR. 3. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA: A) *A priori, acogida positiva.* B) *Las sentencias a examen: «no es oro todo lo que reluce».* C) *En definitiva, la nueva jurisprudencia no basta.* D) *Valoración personal y propuesta de reforma: el modelo japonés.*—III. ENTRANDO EN MATERIA: EFECTO DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS: 1. CATALUÑA: EN BÚSQUEDA DE LA COMPLETITUD: A) *La ausencia de relación familiar como causa de desheredación.* B) *Sobre el*

maltrato de obra: propuesta de reforma para incluir, de forma expresa, el maltrato psicológico. 2. NAVARRA: REGULACIÓN ESPECIAL. 3. GALICIA Y ARAGÓN: MALTRATO DE OBRA ¿IGUAL AL DEL CÓDIGO CIVIL? 4. ISLAS BALEARES: REMISIÓN EXPRESA AL CÓDIGO CIVIL. 5. PAÍS VASCO: AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE LA MATERIA. 6. REFLEXIÓN FINAL: ¿EXTENSIÓN DEL MALTRATO PSICOLÓGICO A OTRAS PERSONAS?—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Sobre la STS de 3 de junio de 2014 y las que le siguieron se ha escrito mucho, como probablemente el lector ya sepa o pueda comprobar en la recopilación de bibliografía que aquí se recoge. Sin embargo, algo que no se había planteado hasta ahora es la posible repercusión o influencia que estas decisiones jurisprudenciales puedan tener, o estén teniendo ya, en los derechos civiles autonómicos. No está de más advertir dos cosas: la primera, que el precepto en el que se basa la referida decisión (art. 853.2 CC) forma parte de lo que se ha llamado tradicionalmente como «Derecho común» y no resulta aplicable, en principio, a los derechos autonómicos con regulación expresa en materia sucesoria, salvo cuando entre en acción el artículo 149.3 CE: «El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las comunidades autónomas». La segunda, que a pesar de lo que venimos de referir, en el momento en el que el Tribunal Supremo dictó la primera de estas sentencias, prácticamente todos los medios de comunicación se hicieron eco de la noticia sin aclarar cuál era el alcance de la nueva doctrina, es decir, sin aclarar que solo afectaría a una parte del territorio español, comprendido por aquellas regiones en las que no existe un derecho civil propio o autonómico. En las regiones con derecho civil propio (Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña e Islas Baleares) también se anunció el cambio jurisprudencial *a bombo y platillo*, dando a entender, o eso nos parece, que dicha doctrina resultaría aplicable también en estos territorios¹. Pero, ¿es acaso esto cierto? He aquí el asunto que ha despertado nuestra curiosidad y que planteamos resolver en este trabajo, pero antes permítasenos una breve síntesis sobre la referida resolución y la reacción que la misma produjo en la doctrina.

II. LA STS DE 3 DE JUNIO DE 2014: ANTES Y DESPUÉS

1. ANTECEDENTES DEL «MALTRATO DE OBRA»

Históricamente, el maltrato de obra significaba única y exclusivamente violencia física; se puede citar, por expresivo, el texto de Las Partidas (Ley IV, Título VII, Partida VI) en el que se habla de «*quando el fijo, a sabiendas, e sañudamente, mete manos yradas en su padre, para ferirle o prenderle*» (BARCELÓ DOMENECH, 2004, 488). Ese concepto de maltrato de obra parecía excluir, de entrada, «las actitudes omisivas, de no hacer, como, por ejemplo, no ir a visitar al progenitor enfermo, no tratarle con cariño y respeto, no atenderle ni darle los cuidados que necesite, llegado el caso, etc» (ROMERO COLOMA, 2007, 270). Tal vez por ello, hasta hace apenas unos años la mayor parte de la jurisprudencia y la doctrina interpretaban este concepto de forma estricta.

Ya a principios de los años 90 comenzó a observarse, sin embargo, poca homogeneidad sobre esta cuestión en la jurisprudencia. Así, la STS de 28 de

junio de 1993 (*RJ* 1993, 4792) establecía que «la falta de relación afectiva y comunicación entre la hija y el padre, el abandono sentimental sufrido por este durante su última enfermedad, la ausencia de interés, demostrado por la hija, en relación con los problemas del padre, etc., son circunstancias y hechos que de ser ciertos, corresponden al campo de la moral, que escapan a la apreciación y a la valoración jurídica, y que en definitiva solo están sometidos al Tribunal de la conciencia»; y la de 4 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7930) tampoco consideraba como causa válida de desheredación que los hijos «no convivieren con el padre, no mantuvieren relación con él, le priva[sen] al testador de su presencia en vida para confortarle de sus dolencias mortales y ni siquiera acudie[sen] al entierro». Sin embargo, y en sentido opuesto, la STS de 26 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5117) estimó que «no es necesario que la expulsión del domicilio por el hijo o por su esposa pero aceptada por él, sea mediante el empleo de fuerza física para que en la conducta de este deba reputarse existente el maltrato de obra que la norma del artículo 853.2 del Código recoge como causa de desheredación, máxime cuando el estado de cosas que sigue a la salida de la casa de la madre, continúa durante años en los que esta, vive precariamente sin ser mínimamente atendida en modo alguno por el descendiente cuya desheredación, por maltrato según el testamento de la víctima ha de reputarse legalmente correcta».

Esta jurisprudencia ambulante no terminaba de hallar consenso en la doctrina, bastante crítica con las sentencias más restrictivas; cabe destacar que ya por aquel entonces eran varios los autores que consideraban que el abandono afectivo y el desinterés del descendiente por su progenitor o ascendiente sí deberían reputarse malos tratos psíquicos, subsumibles en el concepto de maltrato de obra (entre otros, ROMERO COLOMA, 2005, 61 y sigs.; MÍQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, 2009, 458; REBOLLEDO VARELA, 2010, 410 y sigs.; De Almansa Moreno-Barreda, 2012, 28 y sigs.; PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1144).

Probablemente el primer autor en hacer saltar la alarma sobre esta cuestión fue BARCELÓ DOMENECH (2004, 495 y sigs.), cuya argumentación pasamos a reproducir por tratarse de una tesis prácticamente idéntica a la que unos años más tarde adoptaría el Tribunal Supremo. Para este autor, lo que se afectaba con el artículo 853.2 del Código civil era la dignidad de la persona, y más que velar por la integridad física o psíquica, lo que se protegía era el respeto que los padres o ascendientes merecen como consecuencia de la relación parental que les une con los hijos o descendientes. Por ello, consideraba que debería entenderse incluido en esta causa el «menoscabo psíquico —sufrimiento, humillación, angustia, etc.— que haya podido causarse al padre o ascendiente por el abandono sentimental al que se le ha sometido como consecuencia de la falta de relación y comunicación, siempre que la ruptura de relaciones no sea imputable al propio testador». Este autor criticaba la «negativa de los Tribunales, en algunos casos, a entrar a valorar las circunstancias que rodean la relación entre padres e hijos, que constituyen, sin duda, el trasfondo de la desheredación dispuesta por el testador. Con la excusa de que pertenecen al campo de la moral, se evita su valoración jurídica y se obstaculiza el recurso a la causa de desheredación por malos tratos». En su opinión, «en la medida en que el padre o ascendiente haya sufrido, sin culpa suya, por esos actos, existe la posibilidad de que se les considere constitutivos de maltrato psíquico, incardinable en la causa de desheredación establecida en el artículo 853.2.^a del Código civil, pudiendo el testador, en consecuencia, sancionar esta conducta. Con ello, no estamos diciendo que siempre que exista una falta de comunicación y de relación afectiva, tienen los padres abierto el camino a la desheredación; tan solo se trata de dejar cons-

tancia de lo equivocado de la posición jurisprudencial, que no entra a valorar estos hechos, que sí pueden desembocar, si se constata un maltrato psíquico, en una desheredación justa». En definitiva, «las situaciones de falta de relación afectiva y abandono sentimental pueden representar una infracción por parte del hijo del deber de respeto hacia el padre. De igual modo, existirán casos en que no constituyan esa infracción del deber de respeto, porque el culpable de la situación sea el propio padre —casos de conducta irresponsable, desordenada y desacertada—. Esto exige una valoración de las circunstancias del caso»; por ello, pedía este autor una «relectura, con nuevos resultados, de la desheredación ex artículo 853.2.^a del Código civil, dándole un aspecto moderno que sea susceptible de aplicación práctica. Son también casos muy graves y anómalos, que justifican la privación de la legítima, aquellos en los que se materializa una violencia psíquica hacia el testador, y no puede el juez o Tribunal observar con distancia la falta de relaciones entre padres e hijos, como si no concerniese a la desheredación, sino que, por el contrario, debe indagar en las causas de la ruptura y verificar si existen malos tratos psíquicos; se trata, en definitiva, de apreciar la prueba debidamente».

2. LA NUEVA DOCTRINA: EL MALTRATO PSICOLÓGICO SÍ ES CAUSA PARA DESHEREDAR

La interpretación del *maltrato de obra* tomó un nuevo rumbo a partir de la STS de 3 de junio de 2014 (*RJ* 2014, 3900), en la que se declaró justa la desheredación de un señor malagueño a sus dos hijos que no querían saber nada de él, razón por la que había dejado todos sus bienes a su hermana, quien le había cuidado, ya enfermo, al final de su vida. La trascendencia de esta sentencia fue máxima; no en vano, se le considera «histórica»², con gran repercusión en los medios de comunicación nacionales (PÉREZ ARROYO, 2018, 103 y sigs. recoge una muestra simbólica de algunos de los titulares de prensa), y comentada ampliamente junto con las sentencias que le siguieron (SSTS de 30 de enero de 2015: *RJ* 2015, 639; y 13 de mayo de 2019: *RJ* 2019, 2212) por la doctrina nacional³. En las dos primeras sentencias referidas (2014 y 2015) se determina que «en la actualidad, el maltrato psicológico, como acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima, debe considerarse comprendido en la expresión o dinamismo conceptual que encierra el maltrato de obra». Así, «la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004».

En la primera de las sentencias referidas se define además la expresión de «abandono emocional» como «expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental», pues, en el caso concreto, «los hijos, aquí recurrentes, incurrieron en un maltrato psíquico y reiterado contra su padre del todo incompatible con los deberes elementales de respeto y consideración que se derivan de la relación jurídica de filiación, con una conducta de menosprecio y de abandono familiar que quedó evidenciada en los últimos siete años de vida del causante en donde, ya enfermo, quedó bajo el amparo de su hermana,

sin que sus hijos se interesaran por él o tuvieran contacto alguno; situación que cambió, tras su muerte, a los solos efectos de demandar sus derechos hereditarios».

Es patente, pues, que en ambas resoluciones de 2014 y 2015, el Tribunal Supremo se decide finalmente a utilizar una de «las armas más poderosas»: el artículo 3 del Código civil, que le permite interpretar la norma utilizando un criterio lógico o finalista y más adecuado a la realidad social actual (GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, 282 y sigs.; CARRAU CARBONELL, 2015, 251); sus argumentos son la dignidad, tal y como había argüido BARCELÓ DOMENECH, y el principio de conservación de los negocios jurídicos.

Cabe tener en cuenta, en cualquier caso, que esta nueva jurisprudencia ha sido matizada por RDGRN de 25 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2650), que trata sobre la desheredación que hizo el testador de todas las hijas habidas de su anterior matrimonio, a las que identificó con nombre y apellidos, y a «todos los descendientes de estas», de forma general⁴. Como decimos, esta resolución hace un poco más rígida la aplicación de la causa establecida en el artículo 853.2 del Código civil: de una parte, exige que la disposición testamentaria de desheredación sea expresa, en cuanto a la causa, y determinada, en cuanto a la identificación de los desheredados⁵; de otra, exige cierta capacidad del desheredado, o lo que es lo mismo: su imputabilidad⁶. Como consecuencia de estos dos requisitos, se consideró correcta la posición del registrador, que no quería inscribir la escritura de aceptación de herencia otorgada únicamente por la viuda del causante toda vez que, aunque se considerase válida la desheredación de las hijas, los hijos o descendientes de estas (desheredados ineficazmente de forma genérica) ocuparían su lugar y conservarían los derechos de herederos forzosos⁷.

En relación con el también discutido plazo de ejercicio de la acción, se debe tener en consideración que la STS de 25 de septiembre de 2019 (*RJ* 2019, 3677) ha sentado doctrina jurisprudencial al entender que «la acción para impugnar la desheredación que se considera injusta está sujeta en su ejercicio al plazo de cuatro años desde que se abre la sucesión y puede ser conocido el contenido del testamento».

Por último, interesa resaltar que el maltrato de obra en general, y el psicológico en particular, no han sido solo objeto de interpretaciones laxas en materia de desheredación; cabe señalar, también, la importancia de la STS de 20 de julio de 2015 (*RJ* 2015, 4460). En esta Sentencia se estableció que el maltrato psicológico es causa de revocación de una donación por ingratitud *ex* artículo 648.1º del Código civil, que no debe interpretarse de forma literal cuando habla de «delito contra la persona, el honor o los bienes del donante»; basta «la existencia de una conducta del donatario socialmente reprochable, que revistiendo caracteres delictivos, aunque no estén formalmente declarados como tales, resulte ofensiva para el donante» (Fundamento 3º). Con anterioridad a esta sentencia, los ascendientes que eran víctimas de un maltrato psicológico no tenían posibilidad alguna de recuperar materialmente los bienes de los que se desprendieron generosamente en favor de sus ofensores, o su valor. Sin embargo, ahora el panorama ha cambiado sustancialmente ante episodios de maltrato psíquico protagonizados por la prole: «se faculta al ofendido para recuperar los bienes donados o su valor y, con fundamento en esos mismos hechos, para excluirle de toda participación en su herencia» (CABEZUELO ARENAS, 2016, 103 y sigs.).

3. LA REACCIÓN DE LA DOCTRINA

A) *A priori, acogida positiva*

La valoración que la doctrina ha hecho de estas sentencias es esencialmente positiva; véase, entre otros, O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2015, 4 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, 2015, 942; PÉREZ CONESA, 2015, 117 y sigs.; CARRAU CARBONELL, 2015, 255; DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2019, 369 y sigs.; MARTÍN FUSTER, 2019, 674. Parece que la flexibilidad de la desheredación que plantean las referidas sentencias era, pues, muy esperada.

Sin embargo, también se han puesto de manifiesto las imperfecciones de la solución adoptada, como pasamos a detallar.

B) *Las sentencias a examen: «no es oro todo lo que reluce»*

El primer problema subrayado por la doctrina tiene que ver con la distinción que se esboza en la STS de 2014 entre ruptura voluntaria de vínculos o abandono emocional y maltrato psicológico por abandono familiar (DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 93); de esta guisa, el hecho de que los descendientes no visiten o llamen al testador no sería justa causa para desheredarlos. Únicamente cuando la falta de relación con el legitimario descendiente cause sufrimiento al testador se considerará que ha habido maltrato psicológico y, por tanto, justa causa para desheredar. ALGABA ROS (2015, 10 y sigs.), critica esta solución, pues considera que el término «abandono emocional» no debería entenderse como una mera ruptura de relaciones personales libre y voluntaria; para ello se sirve del significado que la RAE otorga a la palabra «abandonar» como «dejar, desamparar a alguien o algo». En su opinión, desamparar a un ascendiente implica desasistirlo y la desasistencia es incompatible con los deberes que derivan de la relación jurídica paternofilial. Además, he aquí otro problema *colateral*: el notario deberá realizar una labor de averiguación partiendo de la definición de maltrato psicológico de la propia jurisprudencia de la sentencia como «acción que determina un menoscabo o lesión de la salud mental de la víctima» (CARRAU CARBONELL, 2015, 252 y sigs.). Dos criterios posibles para saber si concurre justa causa de desheredación serían, en primer lugar, el tiempo durante el cual la relación familiar ha sido inexistente y, en segundo lugar, el padecimiento que ello ha infringido en el testador (CARRAU CARBONELL, 2015, 252 y sigs.; MALDONADO RUBIO, 2017, 658 y sigs.).

Siguiendo con las voces más críticas sobre la sentencia, cabría traer a colación la opinión de AMAYUELA y FARNÓS AMORÓS (2015, 7 y sigs.) cuando la tachan de *forzada*⁸; cuestionan que el maltrato psicológico pueda ser equiparado con el maltrato de obra, pues puede dudarse de que tal «razonamiento sea conforme con la prohibición de interpretación analógica o extensiva de las causas de desheredación, aunque el Tribunal Supremo niegue haberla infringido. Lo más sorprendente es, sin embargo, la apelación al principio *favor testamenti*, con el que se adorna la decisión. El Tribunal Supremo da a entender que es razonable la desheredación ordenada por el testador sobre la base de la desatención que él mismo dice haber experimentado o, dicho de otro modo, parece que el hecho de que el testador, subjetivamente, se considere maltratado, es suficiente para dar por cierta y válida la cláusula y, en definitiva, para forzar la interpretación». En opinión de las autoras, «la decisión del Tribunal Supremo es bienintencionada y se diría que responde exactamente a lo que un sector de la sociedad española

reclama. Eso no quita para criticar el razonamiento, que se desenvuelve con argumentos confusos. Por un lado, el Tribunal Supremo afirma que es incompatible con el elemental respeto y consideración que se deben entre sí padres e hijos una conducta de menosprecio y abandono familiar, que ahora califica como maltrato psicológico; y, por el otro, admite que el abandono emocional puede ser expresión de la libre ruptura de un vínculo afectivo o sentimental. Si con lo primero se condena una conducta que supone una infracción grave de los deberes familiares que la ley impone al legitimario, con lo segundo se da a entender que difícilmente un juez podría entrar a valorar ese comportamiento libre y mucho menos sancionarlo».

La exigencia de sufrimiento psicológico es, desde luego, un requisito complicado, pues hay que apreciar la existencia o no del daño causado al desheredante y, en este sentido, cabe tener en cuenta que no todas las personas tienen la piel *igual de fina*; lo que a una le puede causar un daño irremediable, a otra no le afectará lo más mínimo.

Esto nos conduce a la segunda gran deficiencia, relativa a la carga de la prueba; cierto es que los problemas que puedan hallar causa en ella no derivan únicamente de la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, pero esta no ha hecho sino subrayar su *anormalidad*. Y es que, de acuerdo con el artículo 850 del Código civil, «la prueba de ser cierta la causa de la desheredación corresponderá a los herederos del testador si el desheredado la negare»; sin embargo, que el heredero consiga demostrar el maltrato y el daño psicológico causado por parte del legitimario desheredado al testador, una vez este ya ha fallecido, puede ser cosa harto complicada⁹. Por ello, no son pocos los autores que proponen, *de lege ferenda*, que se invierta la carga de la prueba, para que sea el desheredado quien pruebe que efectivamente tuvo relación familiar con el desheredante (LASARTE ÁLVAREZ, 2007, 382; ALGABA ROS, 2015, 20; MARTÍN FUSTER, 2019, 688).

Pero como una hipotética reforma no está, al menos por ahora, encima de la mesa, cierta doctrina aconseja que el notario no solo se limite a mencionar la causa de desheredación en testamento, sino que otorgue acta de notoriedad en la que acredite que la relación con el desheredado es inexistente y que este le ha abandonado y maltratado psicológicamente; podrían incorporarse al acta manifestaciones del resto de familiares y cualesquiera otras pruebas que el testador considere que pueden servir en el futuro a sus herederos para defenderse de la impugnación de la desheredación, e incluir un informe psicológico de un perito en la materia que acredite dicho maltrato por ausencia de relación familiar (PÉREZ RAMOS, 2014, 121; CARRAU CARBONELL, 2015, 254 y sigs.; BARCELÓ DOMENECH, 2016, 298; MARTÍN FUSTER, 2019, 676). Sin embargo, esta misma doctrina también considera que quedará al juicio del Notario decidir si la notoriedad del maltrato psicológico está suficientemente probada. No estamos de acuerdo con esta última afirmación: los notarios no son expertos en psicología ni psiquiatría (TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, 2014, 84) y, por lo tanto, no deberían ser ellos quienes *decidan* si el testador fue o se sintió realmente maltratado.

También conectado con lo anterior, el tercer defecto viene representado por la inseguridad que acarrea la impugnación de la desheredación en la partición, como consecuencia de la naturaleza *pars bonorum* de la legítima y de que sean los herederos quienes tienen que probar la causa, lo que puede resultar muy difícil. La libertad de testar tiene, se ha dicho, un precio, pues la mayoría de contenciosos familiares acaban con una entrega de dinero muy superior a la legítima del desagradecido con el «fin de liberar los bienes de esta sutil extorsión legal y facilitar la partición» (GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, 287). Este problema ha

llevado a sugerir a algunos autores que el notario recomiende «al testador que, en tanto no cambie la ley, disponga un legado de legítima estricta al hijo maltratador, instituyendo universales herederos a los demás, porque, aunque no se adecúa totalmente a la voluntad del testador (que desea privar al descendiente maltratador de atribución patrimonial), realmente evita a los demás herederos una reclamación judicial al fallecimiento del testador» (MALDONADO RUBIO, 2017, 661).

Por último, también se ha criticado la diferencia originada entre las causas por las que los ascendientes pueden desheredar a sus descendientes y las causas por las que los descendientes pueden desheredar a sus ascendientes: el maltrato psicológico como justa causa de desheredación solo puede ser empleado por los progenitores u otros ascendientes de grado más remoto, como por ejemplo, los abuelos, pero no en un escenario inverso, es decir, no sería posible desheredar a los padres por esa misma causa (BALLESTER AZPITARTE, 2015, 2). «Está claro —se ha dicho— que injustamente, la norma está configurada cual arma que solo pueden manejar los ascendientes a su favor, de la cual, también deberían disponer los descendientes, pues, del mismo modo pueden experimentar esa ofensa» (PERIS RIVERA, 2016, 347). Lo curioso, sin embargo, es que esta falta de reciprocidad había sido denunciada hace algunos años pero en sentido contrario, cuando el abandono emocional todavía no entraba dentro de la interpretación jurisprudencial del artículo 853.2º del Código civil, pero sí se podía desheredar al padre por abandono del hijo durante la infancia (precepto que ya no está en vigor tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria)¹⁰: «esta falta de reciprocidad —se decía— no tiene lógica, rompiendo la coherencia del sistema, debido a que para el ordenamiento jurídico español tanto la infancia como la ancianidad son dos etapas en la vida de las personas que precisan de especial protección y de ahí que se regule tanto el acogimiento de menores en situación legal de desamparo, como el acogimiento de las personas mayores, incluso dentro de otra familia que no es la natural, consciente el legislador de la necesidad de la importancia de que las personas mayores vivan en un ambiente de relación familiar» (DE ALMANSA MORENO-BARREDA, 2012, 32-33).

C) En definitiva, la nueva jurisprudencia no basta

Cabe advertir que, aunque este cambio de doctrina jurisprudencial haya sido —a pesar de los problemas planteados—, ciertamente importante, no puede apreciarse que el mismo haya sido acogido de forma unánime por los Tribunales inferiores (BARCELÓ DOMENECH, 2016, 298 y sigs.; ECHEVARRÍA DE RADA, 2018, 104; DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 131). Tal vez por ello, la doctrina reciente que ha estudiado esta materia sigue creyendo necesaria una reforma urgente, pues «no puede estarse a lo que decidan, en cada caso concreto, los jueces y Tribunales» (BARCELÓ DOMENECH, 2016, 298 y sigs.).

Puede destacarse, en este sentido, la opinión de MAGRO SERVET (2019, 3 y sigs.), quien considera que la importante y trascendental STS de 2014 se llevó a cabo en ejercicio de «delegación del legislador, vía artículo 3 del Código civil», y que por mucho que este precepto haga mención a que las normas de nuestros textos deben aplicarse conforme a esta realidad social, «no debe servir como una especie de *paraguas* que permita al legislador tener la cobertura de que los Tribunales deben interpretar las normas bajo este enfoque de *adecuación temporal*». En su opinión, «no solo la interpretación de los tribunales, también la legislación ha de adaptarse a la realidad social, y ha de hacerlo con base en

la línea jurisprudencial seguida para dar respuesta a las necesidades sociales». Por ello, cumplidos los 130 años del Código civil español, «es momento de, una vez más, pedir su adaptación a la realidad del s. XXI».

Además, y como se ha dicho, un buen argumento para que el legislador tome cartas es el propio artículo 50 CE, que dice textualmente: «Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio» (ALGABA ROS, 2015, 21).

Sin embargo, y a pesar de estas voces que reclaman imperiosamente una reforma, en la propuesta de la APDC no se prevé la introducción de la ausencia de relación familiar como posible causa de desheredación, pues se considera que el aumento de la libertad de testar no puede producirse a costa de una mayor inseguridad y una judicialización de las relaciones familiares (GALICIA AÍZPURÚA, 2017, 21). Dice PARRA LUCÁN (2019, 209-210) que esta ausencia es «deliberada», pues se considera preferible no introducir una causa que abriría la puerta a una elevada litigiosidad y dejar sentado que en el futuro sería preferible que, si el legislador considera que se trata de una exigencia social, se suprimiera la legítima.

D) Valoración personal y propuesta de reforma: el modelo japonés

En nuestra opinión, la nueva senda que ha tomado el Tribunal Supremo con este cambio de jurisprudencia es la correcta. Entendemos además que la distinción que hace entre ruptura voluntaria de vínculos o abandono emocional y maltrato psicológico por abandono familiar es apropiada; la existencia de cierto daño psicológico es, en nuestra opinión, un requisito *sine qua non* para la aplicación del actual 853.2º del Código civil, pues difícil sería en caso contrario subsumir la mera ausencia de relación familiar en el concepto de *maltrato de obra*.

Pero estamos de acuerdo con las críticas vertidas por ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS (2015, 10) cuando hacen notar la ausencia de averiguación de a quién era imputable la ruptura familiar; según ellas, «lo espectacular de la decisión [de 2014] radicaría entonces en que el Tribunal Supremo, aunque no lo exprese con estas mismas palabras, habría dicho que la ausencia de trato familiar es causa de desheredación y, esto es lo trascendente, sin necesidad de averiguar a quién es imputable la ruptura. Más bien el Tribunal Supremo parece dar por supuesto que siempre es grave y culposa la conducta de quien abandona en manos de terceros o en soledad a sus padres, máxime si estos enferman antes de morir y aunque ello no les coloque en una situación de necesidad material». Este apropiado juicio por parte de las autoras referidas debe ser matizado por la STS posterior de 27 de junio de 2018 (RJ 2018, 3100) que utiliza precisamente el criterio de la ausencia de imputabilidad para no aplicar la nueva doctrina jurisprudencial¹¹: «lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos». (...) Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña». En nuestra opinión, es correcta esta sentencia al exigir la imputabilidad del desheredado en términos generales¹²; sin embargo, y para este caso concreto, no entendemos por qué el Tribunal Supremo no se plantea qué sucede cuando la ausencia se inicia en la infancia (momento

en el que no puede existir imputabilidad) pero continúa cuando el descendiente llega a una edad en la que ya puede decidir¹³.

Creemos, al igual que la mayoría de la doctrina anteriormente reseñada, así como la Asociación Pro Derechos Civiles Económicos y Sociales¹⁴, que es necesaria una reforma en materia de desheredación, y más concretamente, la introducción de la ausencia de relación familiar y/o cuidados en la vejez como circunstancias a valorar en la desheredación del legitimario. Cabe tener en cuenta que para cierto sector doctrinal ello no supondría avance ninguno, pues lo que el legislador debe hacer, sin más, es reformar la institución de la legítima¹⁵; sin embargo, no estamos de acuerdo con esta aseveración. Que no se nos malinterprete: por supuesto consideramos que se debe ampliar la libertad de testar, que está actualmente demasiado limitada en Derecho común; dicha ampliación se puede hacer de dos formas, a través de la reducción o supresión de la legítima y/o flexibilizando las causas de desheredación: ninguna de las opciones es insignificante y de hecho creemos que ambas se complementarían a la perfección.

Concordamos con quienes entienden que la familia nuclear se asienta hoy en día sobre la existencia de vínculos afectivos entre sus miembros frente a los vínculos de consanguinidad y el vínculo conyugal, que quedan subordinados a la pervivencia de relaciones de convivencia y/o afectividad (PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1137-1138); y eso es lo que hay que valorar: el mantenimiento o la conservación de relaciones familiares recíprocas. No debe resultar extraña, pues, la existencia de una corriente de pensamiento jurídico en el ámbito comparado que propugna por vincular los derechos sucesorios legales con la conducta con respecto del causante; sobre esto, VAQUER ALOY (2013, 1160 y sigs.) considera que los *behavior-based* sistemas de derechos sucesorios contribuyen a reforzar los lazos familiares y a evitar los abusos a los mayores. Este autor también cita el caso de China, que ha llevado al extremo el sistema de derecho sucesorio basado en el comportamiento¹⁶; según el autor, y de acuerdo con el artículo 13.3 de la Ley de Sucesiones de la República Popular de China, cuando se trata de la sucesión intestada, el tribunal puede conceder una cuota más elevada de la herencia a los sucesores que más hayan cuidado al difunto. Además, el tribunal puede conceder una porción de la herencia al que asistió al causante y existe una causa específica de exclusión de la sucesión que consiste en actos graves de abandono o maltrato del causante. Esta regulación concede una gran discrecionalidad a los tribunales chinos para distribuir las cuotas de la herencia en función del comportamiento de los sucesores; hecho que es criticado por el autor toda vez que es inaceptable que los jueces testen por los causantes.

Estamos de acuerdo con este planteamiento, pues ni se debe desconfiar del testador por sistema estableciendo cuotas elevadas ni testando por ellos; al fin y al cabo, la mayoría de testadores no desheredan a sus descendientes¹⁷. En un sistema como el americano, en el que existe una amplia libertad de testar, el psicólogo BRITT (1937, 350 y sigs.) pudo demostrar que la tendencia mayoritaria de los testadores es dejar la mayor parte de su herencia a los miembros de la familia más inmediata, sin que existiesen, tal y como cabría suponer, ningún tipo de diferencia ni patrones de conducta distintos en atención a la edad, situación económica, nivel educativo ni profesión. Y es que, ¿por qué deberíamos pensar que los progenitores están anhelando desheredar a sus descendientes, si son ellos mismos los que sirven, según ROYO MARTÍNEZ (1951, 4) al individuo de «máximo acicate para desplegar trabajo y crear riqueza»? MARSHALL afirmaba en sus *Principles of Economics* (reedición de 1997, 228) que el principal motivo para el ahorro es el afecto familiar, y que si no fuera por ello, muchos de los que ahora

trabajan duro y ahorran cuidadosamente no se esforzarían por hacer algo más que asegurar una anualidad cómoda para sus propias vidas; ya sea mediante el concierto de un seguro, o haciendo gestiones para gastar todos los años, después de la jubilación, parte de su capital y sus ingresos. (...) Un hombre no puede tener un estímulo más fuerte para la energía y la empresa que la esperanza de crecer en la vida y dejar que su familia comience desde un punto más alto en la escala social que aquella en la que comenzó.

En nuestra doctrina nacional también se considera que con la libertad de testar se satisfacen «espontáneamente» intereses de orden familiar; pues la libertad de disponer es, generalmente, una libertad para priorizar intereses familiares y solo excepcionalmente para postergarlos (FERRER RIBA, 2011, 343-345). GARCÍA GOYENA (según SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, 2013, 435) lo explicaba así: el número de hijos ingratos es mucho mayor que el de los padres injustos, cuyo corazón está siempre abierto al perdón del hijo arrepentido y lleva muchas veces hasta la tumba el silencio sobre el extravío del incorregible. Por ello, nada hace pensar que hay miles de testadores deseosos de desheredar a sus descendientes en base a esta nueva causa; más bien al contrario, probablemente será útil para solucionar algunos desequilibrios existentes en la antigua regulación (VAQUER ALOY, 2011, 101).

Una vez explicados, desde nuestro punto de vista, tanto la necesidad de reforma como la idea de que no debemos desconfiar por sistema de nuestros testadores, cabe tener en cuenta que existen, al menos, dos formas diferentes por las que el legislador estatal podría reformar esta materia: la primera sería aclarar de forma más precisa el concepto de maltrato de obra presente en el artículo 853.2º del Código civil, siguiendo la nueva jurisprudencia; la segunda, introducir *ad hoc* un tercer apartado que contemple, como nueva causa de desheredación, el abandono familiar.

Creemos que la mejor opción sería la primera; es decir, reforzar la nueva interpretación del Tribunal Supremo a través de una referencia expresa en el articulado. En nuestra opinión, no es desaconsejable que se siga requiriendo la existencia de maltrato psicológico; al fin y al cabo, la mera ausencia de relación familiar no debería *castigarse* si no produce daño alguno en el testador. Pero este daño habría que probarlo, o cuando menos, justificarlo; por ello, además de invertir la carga de la prueba —cabe tener en cuenta que es más fácil probar la existencia de una relación (registro de llamadas, mensajes, fotos, etc.) que probar su ausencia—, sería conveniente que la ley exigiese una descripción detallada de los hechos que han causado ese daño, y no meramente la indicación de la causa, en términos generales. Así se desprende del artículo 849 del Código civil, cuando establece que «la desheredación solo podrá hacerse en testamento, expresando en él la causa legal en que se funde»; como decimos, la ley debería requerir una exposición motivada de las circunstancias que han ocasionado el daño psicológico, tal y como se exige en Derecho laboral que el empresario detalle justificadamente los hechos que pueden subsumirse en alguna de las causas de despido.

Pero esta no es la única reforma que cabría hacer en ese artículo 849 del Código civil, pues convendría facultar que la desheredación también se pudiese hacer en vida del testador. Un modelo a seguir podría ser el japonés, según el cual una persona puede solicitar al juzgado de familia que estime la desheredación de su legitimario con base en alguna de las causas de desheredación; en general, el tribunal podrá ordenar la desheredación si entiende que el legitimario ha causado la ruptura de las relaciones familiares (MINAMIKATA, 2015, 209). Este tipo de desheredación en vida podría facilitar enormemente la cuestión re-

lativa a la prueba; al fin y al cabo, será una disputa entre testador y legitimario, quienes podrán aducir los argumentos que crean convenientes en favor de sus posiciones. Sin embargo, no podemos obviar que un proceso de desheredación en vida podría resultar excesivamente lastimoso para ambas partes, pues parece que en lugar de facilitar una reconciliación lo único que haría sería trasladar la ausencia de relación (o la mala relación¹⁸) a un punto sin retorno. Por ello, creemos que la futura legislación sucesoria debería contemplar ambas formas de desheredación: una notarial, a través de la desheredación en cláusula testamentaria; y otra judicial, en vida del testador y legitimario, con posibilidad de reconciliación o perdón también mediante disposición testamentaria.

Volviendo a la reforma propuesta, el legislador estatal debe, en nuestra opinión, *integrar* en el artículo 853 del Código civil la nueva doctrina jurisprudencial por dos razones: la primera, porque así se pone fin al caos que se produce en los Tribunales inferiores; la segunda, porque ello permitirá aclarar y precisar la cuestión relativa a la imputabilidad.

En relación con la imputabilidad, creemos que solo será justa causa de desheredación la ausencia de relación familiar cuando esta no sea exclusivamente imputable al testador. No nos parece adecuada la opinión de GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR (2017, 330) cuando afirma que es criticable «entrar a analizar la idea de la imputabilidad o culpabilidad que tantos problemas trajo en otros sectores del ordenamiento jurídico, como por ejemplo en materia de separación o divorcio y que, al final, el legislador optó por abandonar. Por tanto, no nos parece un ejemplo a seguir en el derecho común». En nuestra opinión, la imputabilidad es necesaria por cuanto sirve de freno al fraude, o lo que es lo mismo, a que se burle la legítima de una forma tan vil como la de simplemente desentenderse del descendiente. No sería lógico que el Derecho conservase la legítima y, al mismo tiempo, la convirtiese en figura inútil al permitirse la libre desheredación. Libre desheredación que, además, generaría dos daños: primero, el personal que deriva del abandono del descendiente para legitimar la desheredación; y, segundo, el económico que proviene de privar a ese descendiente de una expectativa sucesoria. Por todo ello creemos que es necesaria la existencia de un criterio de imputabilidad, pero que ha de ser flexible, permitiendo el recurso a la desheredación cuando la ausencia de relación familiar no se deba exclusivamente al testador, tal y como ya afirmaba BARCELÓ DOMENECH en el año 2004.

No debería considerarse justa causa la ausencia de relación que sea *razonable* cuando, por ejemplo, el descendiente desheredado homosexual no quisiese tratar con su progenitor homofóbico¹⁹. Además de *razonable*, tendría que ser de *entidad suficiente*; es decir, no bastaría para dejar sin efecto la desheredación el que la ausencia familiar derivase de una mera discrepancia sin importancia con el ascendiente.

Cabe plantearse qué ocurriría en los casos frecuentes en que el descendiente no tenga relación con su progenitor debido a la ruptura del vínculo matrimonial con el otro progenitor²⁰; ¿se consideraría *razonable* que el descendiente se distanciase del progenitor por haber tomado la decisión de romper el vínculo matrimonial y *causar un daño irreparable* al otro progenitor?

En relación con esto creemos que se puede traer a colación el conocido testamento de Camilo José Cela Trulock. En 1989, el Premio Nobel de Literatura designó como heredera universal en todos sus bienes y derechos a su segunda esposa, Marina Castaño, en claro perjuicio del hijo habido con la primera esposa, y a quien aquel consideraba suficientemente «pagado» con la donación del cuadro al óleo sin título pero conocido como «El cuadro rasgado» de Joan

Miró, efectuada el 23 de octubre de 1990. El testamento fue impugnado por su hijo, Camilo José Cela Conde, por no respetar su legítima, consistente en las dos terceras partes del haber hereditario (art. 808 CC); además, también se solicitaban otras cuestiones en las que no nos detendremos, como la anulación de las transmisiones, simuladamente onerosas, de sus derechos de autor e imagen a dos sociedades mercantiles, cuyos únicos socios eran el propio CELA y su segunda esposa. Después de varios años de batallas judiciales, el caso llegó al Tribunal Supremo, que sentenció en 2014 en favor del hijo de Camilo José Cela.

Puede resultar difícil analizar objetivamente este supuesto; al fin y al cabo, los personajes son públicos y al caso se le dio mucha cobertura mediática. El retrato que la prensa hizo de ellos es claro: Marina Castaño, como una mujer aprovechada e interesada que sedujo al Premio Nobel con viles artimañas para quedarse con su dinero²¹; el hijo, y también la primera mujer, como las víctimas del ardid de aquella²². Dejando de lado el malestar que nos produce que no se *cuestione* también al hombre que accede a estar con una mujer de esa supuesta baja catadura moral —en este caso el novelista, que no era paradigma según dicen del ideal de marido fiel—, lo cierto es que la prensa no ha retratado con ápice alguno de criticismo la nula relación entre el novelista y su hijo. Hecho este reconocido por los propios sujetos; baste señalar, en este sentido, que Camilo José Cela Trulock no llegó a conocer en vida a su nieta, la hija de Camilo José Cela Conde, a pesar de que ella ya tenía catorce años cuando el novelista falleció. También es un hecho contrastado que ni su hijo ni su nieta asistieron al funeral del aquí testador.

Todo ello nos invita a reflexionar acerca de qué hubiese ocurrido en este caso si Camilo José Cela Trulock hubiese desheredado a su hijo, Camilo José Cela Conde, por ausencia de relación familiar; no queda duda de que eso es lo que pretendía: privarle de derechos en su herencia. Y la respuesta no puede sino ser *gallega*: depende. Dependería de a quién se debe la ausencia de relación familiar y si ello es razonable o no. Desde luego, lo que en nuestra opinión no resulta, *a priori*, razonable, es que las segundas nupcias del progenitor justifiquen que este no llegue a conocer a su nieta, ni que hijo y nieta no presencien el entierro de aquel²³. Pero, por supuesto, no conocemos todas las circunstancias que rodean este caso.

También relacionado con la ruptura matrimonial entre los ascendientes, pero en sentido inverso, se encuentra el llamado por algunos «síndrome de alienación parental» (SAP o PAS en América), que viene a ser, según SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna (2013, 438 y sigs.), una «combinación del lavado de cerebro y sistemático adoctrinamiento de uno de los progenitores sobre el menor, retroalimentado por las propias contribuciones del niño dirigidas a la denigración del otro progenitor, objetivo de la campaña de insultos y difamación». Para el autor, la ausencia de relación entre progenitor e hijo que derive de este síndrome debería ser causa válida para desheredar, pero en el sentido de que solo el progenitor víctima del SAP puede desheredar; el otro progenitor —el llamado *alienador*— no.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un caso en el que resultan patentes las consecuencias perjudiciales que, de cara a un hijo, pueden derivarse de la ruptura afectiva de los ascendientes. La Sentencia que trata esta cuestión es la de 27 de junio de 2018 (*RJ* 2018, 3100) y en ella se analiza el carácter (o no) de reconciliación que tenía el envío de un burofax por parte del padre a su hija tras muchos años distanciados. Del relato fáctico se extrae que «tras el divorcio de sus padres [los padres de la desheredada], la relación y los contactos con su padre se fueron distanciando, hasta el punto de que se acordó

la suspensión de las visitas de su padre por considerar que no eran beneficiosas para la demandante cuando era menor»; sin embargo, y como en los últimos años sí habían mantenido contacto personal y telefónico (también mediante el intercambio de mensajes de whatsapp), sí se apreció la nulidad de la cláusula de desheredación. El motivo que aduce el Tribunal Supremo para fallar en ese sentido parece ser la ausencia de imputabilidad a la desheredada de la ausencia de relación familiar; cuando afirma que «lo cierto es que solo una falta de relación continuada e imputable al desheredado podría ser valorada como causante de unos daños psicológicos. Tal circunstancia no puede apreciarse en el caso si se tiene en cuenta que esa falta de relación se inició cuando la demandante tenía nueve años, y que incluso se acordó judicialmente la suspensión de visitas entre el padre y la hija por ser contrarias a su interés, dada la relación conflictiva ente la menor y el padre y, sobre todo, entre la menor y la pareja del padre. Evidentemente, el origen de esa falta de relación familiar no puede imputarse a la hija, dado que se trataba de una niña»²⁴.

En definitiva, y como se ha dicho, «en los litigios sucesorios que traen causa en su origen de la familia desestructurada que provoca el divorcio de los progenitores, es necesario extremar la prudencia en la interpretación y el análisis de la desheredación que después el causante ordena en el testamento. La pregunta que cabe formularse es la de la imputación de la responsabilidad al legitimario por el abandono emocional causado a un progenitor por el que previamente el descendiente se había sentido abandonado. La situación previa que sufren muchos hijos ante la ruptura sentimental de sus padres es el germen de una falta de relación familiar, de difícil solución, en la edad adulta» (DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 36).

En nuestra opinión, en estos casos no se deben aplicar soluciones estándar; convendría más bien dejar a criterio de jueces y magistrados la valoración del daño ocasionado, de si está justificada o no la ausencia de relación y de a quién esta se imputa principalmente.

III. ENTRANDO EN MATERIA: EFECTO DE LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO EN LOS DERECHOS CIVILES AUTONÓMICOS

Una vez analizadas las trascendentales resoluciones del Tribunal Supremo y las propuestas de mejora que se han planteado de cara a una futura reforma legislativa sobre la materia en el marco del Código civil, pasamos a examinar la posible influencia de esta nueva doctrina en los derechos civiles autonómicos. Para que el estudio resulte más ordenado, hemos clasificado dichos ordenamientos autonómicos en función de si regulan o no la institución de la desheredación, y en qué medida lo hacen.

1. CATALUÑA: EN BÚSQUEDA DE LA COMPLETITUD

El primer ordenamiento autonómico al que nos referiremos no podía ser otro que el de Cataluña; la regulación que se hace sobre desheredación es ciertamente extensa y, además, se prevé una causa propia, basada en «la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario» (art. 451-17.2 apartado e) CCCat). Se trata de una causa totalmente reciente, introducida *ex novo* por el legislador catalán en el año 2010²⁵ y, precisamente debido a su *originalidad*²⁶,

creemos que merece un especial estudio, pues es desconocida en el Código civil y otras legislaciones autonómicas.

A) *La ausencia de relación familiar como causa de desheredación*

Los requisitos para que esta causa del Código civil de Cataluña resulte aplicable son fundamentalmente tres, siendo el primero, que exista ausencia de relación familiar entre el causante y el legitimario. Para DE ALMANSA MORENO-BARREDA (2012, 35), esto significa que es necesario que no haya contacto entre el testador y el desheredado, que se hayan dejado de ver, discuriendo sus vidas por caminos diferentes; además, debe tratarse de una ausencia de relación familiar: «puede haber habido una relación no familiar, mercantil o profesional, la cual no obsta para que exista esta causa de desheredación» (véase también MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2014, 1185). Cabe tener en cuenta que el precepto actual no exige, tal y como sí exigía el proyecto de ley, que exista o hubiese existido convivencia entre las partes afectadas²⁷. Uno de los precedentes que existen en derecho comparado, el § 776 ABGB, refiere como parámetro la relación cercana, sin que ello tampoco requiera convivencia actual ni pasada (FARNÓS AMORÓS, 2014, 463). Además, el mero hecho de que la comunicación entre el causante y el legitimario sea menos frecuente que de costumbre o incluso no existente tampoco sería razón suficiente para apreciar causa de desheredación²⁸; la idea sería así proteger a los hijos de previos matrimonios o relaciones (ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2011, 56-57).

El segundo requisito de esta ausencia de relación familiar es que sea «manifiesta y continuada». No podrá invocarse, por lo tanto, cuando exista todavía cierto contacto entre las partes o cuando solo haya existido un incidente o un episodio de distanciamiento entre ellas; tampoco cuando haya convivencia, aunque existan desavenencias (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 16); este requisito tiende así a facilitar la prueba (FARNÓS AMORÓS, 2014, 464). La ley no exige un tiempo mínimo de ausencia de contacto, a diferencia de lo establecido en Luisiana (dos años)²⁹ y en Austria (diez años)³⁰; tal vez por ello, cierta doctrina considera que el legislador catalán también debería haber establecido también un número de años determinado (concretamente diez³¹). Sin embargo, en nuestra opinión, establecer plazos en cuestiones tan delicadas como esta no sería apropiado; daría lugar a cuestionar por qué una ausencia de relación de doce años puede ser causa para desheredar y no la de nueve años y medio. Además, ¿cuándo tendría que cumplirse el término; al momento de desheredar en testamento o al momento de abrirse la sucesión? Tanto una como otra solución serían poco adecuadas; la primera, porque convertiría la desheredación por ausencia de relación familiar en ineficaz (recuérdese que ya estamos hablando de personas de edad avanzada; podría ocurrir que la persona desatendida no sobreviviera a ese plazo); la segunda, porque convertiría el recurso en aleatorio, toda vez que dependería de la cantidad de años que el testador viva tras la desheredación.

Por último, el tercer requisito es que la ausencia de relación sea exclusivamente imputable al legitimario; para ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, esto «constituye una cautela o salvaguarda legal a su favor y reduce considerablemente el alcance de la norma» (ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 18). Sin embargo, este último elemento es el que ha sido más ampliamente criticado por la doctrina³² por varios motivos: en primer lugar, porque el texto del proyecto se encontraba en un punto intermedio, al exigir que no fuese «por

causa exclusivamente imputable al causante» (OLLÉ FAVARÓ, 2009, 453). Esta es la solución que adoptó también el legislador austríaco en 2001 y que es más coherente, en opinión de ciertos autores, con la complejidad de las relaciones familiares, en las que a menudo es difícil o casi imposible imputar su ruptura únicamente a una de las partes (ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2011, 57; FARNÓS AMORÓS, 2014, 470). Además, cabe tener en cuenta que es al heredero a quien corresponde esta prueba negativa, razón por la que la doctrina insiste en la importancia de preconstituir prueba³³; sin embargo, esto no siempre será posible: «la práctica nos muestra que en ocasiones el causante no podrá preconstituir prueba de los hechos que justifican la desheredación de un legitimario, porque ni siquiera estará en condiciones de hacerlo. De modo que, ante las situaciones de abusos fundadas en la vulnerabilidad de las personas mayores, el mecanismo de la indignidad resulta mucho más eficiente que el de la desheredación» (DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 136). No sorprende, por ello, que algunos autores consideren que no ha sido «una buena decisión legislativa introducir la causa y la culpabilidad en esta materia, y que hubiese sido más acertado ir hacia un concepto exclusivamente fáctico de ruptura de la relación familiar, como acontece, por ejemplo, en materia de los derechos sucesorios de los cónyuges o miembros de unión estable de pareja» (OLLÉ FAVARÓ, 2009, 453). Se cree, además, que el hecho de que la carga de la prueba corresponda al heredero es la principal razón de que proliferen tantas reclamaciones de legítima por los desheredados y a su vez una de las causas que desincentivan su uso por los testadores (DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 134).

Para VAQUER ALOY (2011, 100), si este último requisito se interpreta estrictamente, entonces el artículo resultará inaplicable en muchos casos, pues a menudo resultará imposible probar que los desacuerdos se deben únicamente a una persona, el legitimario, en lugar de a los dos, legitimario y testador. En su opinión, lo razonable será permitir la desheredación cuando el comportamiento del legitimario resulte ser causa suficiente en atención de las circunstancias del caso en cuestión; en caso contrario, la regla del Código civil de Cataluña sería excesiva. Trae a colación el caso en que el hijo contacta intermitentemente con el causante pero no le permite visitar a su nieto; dice que se podrían imaginar las razones que podrían llevarle a eso, pero en cualquier caso, no resultaría admisible construir el término «relación familiar» como exclusivamente entre padre e hijo sin contemplar al resto de la familia.

La doctrina nacional, al analizar estos presupuestos, ha solventado los puntos flacos de esta nueva causa de desheredación. Para ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS (2015, 16 y sigs.), es útil dar a conocer esta causa si, como parece, la frecuencia con la que los testadores recurren a esta cláusula de privación va *in crescendo*; sin embargo, creen que «hay más defectos que virtudes en la regla propuesta en el artículo 451-17.2, letra e) CCCat»³⁴. Consideran probable que «cuando no sea fácil advertir la imputabilidad del legitimario en la ausencia de relación familiar, la tendencia acabe siendo la de considerar que solo se tendrán en cuenta conductas similares a las tipificadas expresamente como causas de desheredación. Así, al causante puede resultarle ofensivo que el legitimario prostituya a sus nietos, aunque no haya sido condenado ni privado de la potestad (esto último sería causa autónoma de desheredación, *ex* artículo 451-17, letra d, CCCat); pero probablemente no será suficiente que para él sea inaceptable el ingreso del legitimario en una secta, o que abuse del juego o del alcohol, máxime teniendo en cuenta que entre las causas de desheredación no se cuenta la vida disoluta, inmoral o deshonesto del legitimario».

GONZÁLEZ CARRASCO (2015, 286) duda de la utilidad de la norma catalana³⁵, pues cree que cuando el desafecto familiar se manifiesta en toda su virulencia, el testador ya no suele tener capacidad natural para desheredar; si la desafección familiar no se configura como causa de indignidad sino como causa de desheredación, la ley deja únicamente en manos del causante ofendido la posibilidad de excluir al descendiente desagradecido, sin posibilidad de que el resto de llamados puedan hacer justicia a la situación de abandono. Sin embargo, en nuestra opinión, sería ciertamente cuestionable que la ausencia de relación familiar constituyese causa de indignidad³⁶; al fin y al cabo, podría ocurrir que la privación de un legitimario de su derecho a herencia no se correspondiese con la voluntad real del causante abandonado³⁷, y desde luego, solo parece dar lugar a un incremento de rupturas familiares, tras los muchos reproches que cabría esperar entre todos los miembros.

También se ha dicho que es difícil la aplicación de esta causa en caso de separación o divorcio de los progenitores, sobre todo cuando se ha acordado una guarda y custodia exclusiva, pues la ruptura conllevará un distanciamiento entre el menor y el progenitor no custodio, tendencia que se mantendrá —e incluso se intensificará— una vez alcanzada la mayoría de edad. Circunstancias como esta son las que, entre otras, motivaron que el legislador alemán, a partir de la Sentencia del TC federal (BVerG) de 19 de abril de 2005, rechazara expresamente la introducción de una causa de desheredación basada en la ausencia de relación familiar (FARNÓS AMORÓS, 2014, 471).

En definitiva, la principal objeción que se hace a esta nueva causa reside en la dificultad de su aplicación, pues todos sus elementos son ambiguos: la ausencia de relación, el carácter manifiesto de la falta de relación, la continuidad y, sobre todo, la imputabilidad exclusiva al legitimario. La apreciación de estos elementos, que implican un juicio de valor, corresponderá en último caso a un juez o tribunal muy pobremente informado sobre las «vicisitudes poliédricas de la vida familiar»; es decir, en la práctica operará la discrecionalidad judicial³⁸. Además, conllevará una mayor litigiosidad (TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, 2014, 177); circunstancia esta de la que ya era consciente el legislador catalán, tal y como se observa en el preámbulo de la Ley: «Con relación al desheredamiento, es destacable la adición de una nueva causa, que es la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario por causa exclusivamente imputable a este último. A pesar de que, ciertamente, el precepto puede ser fuente de litigios por la dificultad probatoria de su supuesto de hecho, que puede conducir al juzgador a tener que hacer suposiciones sobre el origen de desavenencias familiares, se ha contrapesado este coste elevado de aplicación de la norma con el valor que tiene como reflejo del fundamento familiar de la institución y el sentido elemental de justicia que es subyacente».

Dejando de lado estos matices, se puede afirmar que la valoración de esta nueva causa ha sido, en general, positiva³⁹; se cree que es más coherente con la realidad social actual⁴⁰ y que supone un paso más en la tendencia surgida en los años 90 de debilitar la legítima⁴¹. También se ha afirmado que con esta norma, el legislador catalán ha optado «por buscar un punto de equilibrio entre los conceptos de libertad de testar, sucesión y protección de la familia» (DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 42); y que podría abarcar muchas situaciones, como el nulo contacto o la falta de interés hacia el causante, en particular cuando se encuentra enfermo u hospitalizado (RIBOT IGUALADA, 2009, 1400).

B) *Sobre el maltrato de obra: propuesta de reforma para incluir, de forma expresa, el maltrato psicológico*

Dejando de lado la novedosa causa de desheredación por ausencia de relación familiar, cabría plantearse si además de la ausencia de relación, también sería causa para desheredar la «mala relación», entendida como constitutiva de algún tipo de maltrato. En relación con ello, cabe tener en cuenta que el artículo 451-17.2º del Código civil de Cataluña considera como justa causa para desheredar el «*maltrato grave* al testador, a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador». Por «maltrato grave» debe entenderse tanto el maltrato de obra ejercido contra los sujetos protegidos por la norma, como la injuria o el maltrato de palabra (MALDONADO RUBIO, 2017, 634). Se exige expresamente que sea *grave*, aunque no es necesario que exista condena penal; la gravedad del maltrato dependerá de la naturaleza de la acción, de los efectos sobre las personas y el entorno, así como de las circunstancias en que tenga lugar (RIBOT IGUALADA, 2009, 1398).

Entonces, y ya que por *maltrato grave* cabe entender también el maltrato de obra en el que el Tribunal Supremo incluye el psicológico, ¿es el maltrato psicológico justa causa para desheredar en Cataluña? La respuesta parece ser afirmativa, tal y como se desprende de varias resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña; la primera, de 28 de mayo de 2015 (RJ 2015, 3761), trata principalmente de cuestiones procesales, pero cuando llega al punto de considerar que deben resolver sobre la posibilidad «teórica», según se afirma, de que «los comportamientos constitutivos de maltrato psicológico integren el maltrato de obra» de que habla el ordinal 3º del artículo 370 del antiguo Código de Sucesiones (1991), el TSJ de Cataluña dedica gran parte de la fundamentación jurídica a citar la STS de 2014, con la que parece mostrarse plenamente de acuerdo, resolviendo la cuestión en sentido afirmativo. En otra resolución posterior, de 2 de febrero de 2017 (RJ 2017, 1596), en la que vuelven a aplicar el derogado Código de Sucesiones de 1991, el TSJ de Cataluña afirma que ya se habían mostrado de acuerdo «con la reciente doctrina del Tribunal Supremo en relación con la causa de desheredación que conforma el maltrato de obra», y que «tal doctrina puede ser aplicada en Cataluña sin dificultad no solo porque la redacción del precepto es, en ambos casos (CS y CC), idéntica, sino porque la legítima es una institución más frágil y endeble en la legislación catalana que en la del Código civil como antes se ha expuesto y porque la voluntad del testador resulta del todo primordial en el derecho sucesorio catalán».

Parece así que el maltrato psicológico ha sido introducido también en el derecho civil catalán, no a consecuencia de la STS de 2014, sino porque el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña ha considerado que la doctrina resultaba aplicable analógicamente al concepto autonómico y propio de maltrato de obra. Cabe resaltar, en cualquier caso que según han retransmitido ciertos medios de comunicación, existe la intención por parte del legislador catalán de incluir de forma expresa el maltrato psicológico como justa causa de desheredación⁴².

2. NAVARRA: REGULACIÓN ESPECIAL

Conviene tener en cuenta que en Navarra no se contempla de manera expresa, en su reforma de 2019, el *maltrato* en general ni el *de obra* en particular como justa causa para desheredar. Con anterioridad a la reforma, el apartado *in fine*

de la ley 270 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra señalaba que serían «justas causas de desheredación las comprendidas en los artículos 852 y 853 del Código civil». Sin embargo, la nueva ley 270 establece que serán justas causas para suceder las comprendidas en los números 1, 2, 3, 5 y 8 de la ley 154 (relativos a indignidad para adquirir), así como las siguientes: «1. La comisión de cualquier delito, la causación de un daño o la realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes. 2. La denegación indebida de alimentos al causante o a su cónyuge o pareja estable o a alguno de sus descendientes en los casos en que exista obligación legal de prestárselos». Es interesante la causa establecida en el apartado primero, que habla de «causación de un daño» o «realización voluntaria de una conducta socialmente reprobable»; son términos genéricos en los que cabría subsumir el *maltrato psicológico* o el *abandono familiar* (HUALDE MANSO, 2020, 1081). No obstante, no se debe obviar que, como se ha dicho, hablar de desheredación justa o injusta en Navarra puede resultar del todo intrascendente, dada la «libérrima disponibilidad de la herencia» (MALDONADO RUBIO, 2017, 634).

En cuanto a lo que nos dice la jurisprudencia, la SAP de Navarra de 2 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 218836) alude al concepto de «maltrato psicológico» y cita también las resoluciones del Tribunal Supremo; sin embargo, y al menos en este caso, se afirma que «la prueba practicada no tiene el rigor necesario para acreditar un maltrato físico o psicológico de tal gravedad, que pueda producir como efecto la desheredación pretendida, de forma que aun admitiendo que el Alto Tribunal ha venido recogiendo en recientes sentencias la posibilidad de que los malos tratos o injurias graves puedan ser causa de desheredación, la necesidad de la interpretación restrictiva exige una prueba clara y contundente de la existencia del mismo que en este caso concreto no se ha probado». En cualquier caso, y aunque la AP hubiese considerado suficiente la prueba para dar validez a la desheredación, lo cierto es que dicho criterio no se podría considerar relevante, toda vez que el fallo es anterior a la reforma de 2019 y hace referencia, por lo tanto, a la remisión de la norma foral a los preceptos del Código civil.

3. GALICIA Y ARAGÓN: MALTRATO DE OBRA ¿IGUAL AL DEL CÓDIGO CIVIL?

Tanto el legislador gallego (art. 263.2º de la Ley de Derecho Civil de Galicia⁴³) como el aragonés (art. 510.c) del Código de Derecho Foral de Aragón) han incluido el concepto de «maltrato de obra» entre las justas causas para desheredar. Cabría preguntarse, entonces, si la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sería aplicable directamente también en estos territorios autonómicos; solución deseable en nuestra opinión. Sin embargo, y teniendo en cuenta que son los Tribunales Superiores de Justicia de cada comunidad autónoma los máximos intérpretes de su Derecho civil autonómico, parece que la respuesta ha de ser necesariamente negativa⁴⁴; es decir, que aun cuando el concepto sea como aquí exactamente el mismo «maltrato de obra», la jurisprudencia del Tribunal Supremo que recaiga sobre la misma no se ha de aplicar directamente en los derechos civiles autonómicos. Lo que sí cabe, en cualquier caso, es que dicha doctrina ejerza cierta influencia en el derecho civil gallego y aragonés.

En el caso concreto de Galicia, ROVIRA SUEIRO (2008, 1147) consideraba hace más de una década que la referencia al maltrato de obra era flexible y su apreciación sería determinada por el arbitrio judicial; véase así la SAP de La

Coruña de 4 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 72697) en la que se afirma: «en el presente caso, ha quedado suficientemente acreditado que concurre el maltrato de obra, precisamente, porque los actos de la actora en vida de su padre son claros: no atendió, cuidó ni se ocupó del mismo». Pero cabe preguntarse qué ocurre con el maltrato psicológico. Lo cierto es que existe un buen número de sentencias de Audiencias Provinciales en las que se cita la nueva doctrina del Tribunal Supremo⁴⁵; unas veces para dar validez a la desheredación basada en esa causa⁴⁶ y otras para no admitirla⁴⁷. Probablemente una de las primeras resoluciones tras el cambio de doctrina jurisprudencial por parte del Tribunal Supremo fue la SAP de La Coruña de 27 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 79445), en la que se afirma expresamente: «Ha de asumirse como postura interpretativa adecuada la expresada por la reciente y difundida STS nº 258/2014 de 3/6/2014 pues, aunque no nos hallamos en el ámbito normativo del derecho común como luego se desarrollará, la identidad de la regulación legal del presupuesto de la desheredación en la norma gallega hace que tal pauta interpretativa, en ausencia de jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión, deba guiar la interpretación de la norma autonómica, en especial dada la primacía de la voluntad del causante y la restricción de la extensión de la legítima introducidas por la Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006» (criterio que se reitera en la SAP de La Coruña, de 15 de abril de 2016: AC 2016, 876).

Como bien señala la Audiencia Provincial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la materia puede considerarse *aplicable* siempre y cuando no exista jurisprudencia propia y distinta del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia sobre la cuestión. Jurisprudencia del TSJ de Galicia que en el momento de escribir este trabajo ya existe, pues este tribunal se ha pronunciado expresamente sobre la materia en la Sentencia de 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 247707), en la que afirma que la sentencia de la Audiencia «hace suya la doctrina jurisprudencial inicialmente establecida en las SSTS 258/2014, de 3 de junio, y 59/2015, de 30 de enero, y últimamente recogida en la STS 267/2019, de 13 de mayo, según la cual el maltrato psicológico se configura como una injustificada actuación del heredero (sic, en realidad del legitimario), que determina un menoscabo o lesión de la salud mental del testador o testadora, de forma que debe considerarse comprendida en la expresión que encierra el maltrato de obra en el artículo 853.2ª del Código civil, y, añadimos por nuestra parte, en el artículo 263.2ª LDCG». Con esta afirmación, y aunque en el caso expuesto no se admitiese la desheredación por falta de prueba, la cuestión queda definitivamente zanjada: la nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico como justa causa para desheredar se ha integrado, por vía del Tribunal Superior de Justicia, en el derecho civil de Galicia.

En el caso de Aragón, se ha dicho que la existencia de una legítima colectiva resta interés a la figura de la desheredación, pues el causante puede dejar los bienes a un solo descendiente, incluso nieto (MALDONADO RUBIO, 2017, 630); con un criterio muy similar se pronuncia la Audiencia Provincial de Zaragoza, en su sentencia de 12 de julio de 2016 (AC 2016, 1392): «La desheredación de hecho en el derecho aragonés tiene poco campo de aplicación en la medida en que la regulación de la legítima aragonesa se configuró en su día como colectiva y en beneficio de hijos y descendientes sin necesidad de atribución de concreta cuota individual, siendo suficiente la expresión de la mención a uno de los legitimarios en la disposición testamentaria para cumplir con el requisito necesario para su exclusión. Solo en el caso de que el causante quiera dejar sin efecto la legítima atribuida por la norma, cabe que opte por la alegación en

aquella disposición de su existencia, lo cual exige su realidad y su constancia en el pacto sucesorio, testamento o ejecución de fiducia. Así se configura en la regulación del artículo 509 del CDFa». Pero esto, en nuestra opinión, es una verdad relativa, pues la desheredación sí tendrá relevancia cuando el testador solo tenga un único descendiente⁴⁸. Otra sentencia que trata, de forma tangencial, sobre el maltrato psicológico y su repercusión en la desheredación, es la SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 227900), en la que se cita la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, pero que no sirve para el caso de denegar alimentos, ya que el tribunal consideró que la falta de afección no se derivaba únicamente del alimentista y el progenitor no había hecho nada «para poder recuperar a su hija».

No conocemos que exista una sentencia sobre esta materia por parte del TSJ de Aragón, por lo que habrá que esperar para ver si se confirma la tendencia de integrar la nueva doctrina del Tribunal Supremo en el derecho civil autonómico propio o no.

4. ISLAS BALEARES: REMISIÓN EXPRESA AL CÓDIGO CIVIL

En el caso de las Islas Baleares, ni el artículo 7 bis (para Mallorca y Menorca) ni el artículo 69 bis (para Ibiza y Formentera) de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares hacen mención alguna al *maltrato de obra* como causa de indignidad para suceder ni como justa causa para desheredar (*ex* apartado 3º). Sin embargo, el cuarto apartado de ambos preceptos establece que en todo lo demás se aplica, supletoriamente, el Código civil. A causa de esta remisión expresa a la normativa del Código civil, entendemos que la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre maltrato psicológico y desheredación también resultaría aplicable en estos territorios. Misma conclusión parece extraerse del análisis jurisprudencial, pues las resoluciones sobre la materia confirman dicha aplicación: probablemente la primera SAP de las Islas Baleares en tratar sobre este asunto fuese la de 15 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 269730), que es reproducida por la prensa local⁴⁹, aunque también pueden consultarse las SSAP de 20 de diciembre de 2016 (*AC* 2016, 2147), de 12 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 177335) o de 22 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 323326).

5. PAÍS VASCO: AUSENCIA DE REGULACIÓN SOBRE LA MATERIA

En el País Vasco no se ha regulado de forma expresa la desheredación ni sus causas⁵⁰ y, por ello, se aplicará supletoriamente el Código civil (MALDONADO RUBIO, 2017, 631-632). Esto es criticado por GALICIA AIZPURÚA (2016, 413-414), al considerar que es «de lamentar» que la Ley de Derecho civil vasco de 2015 no haya regulado expresamente esta institución a pesar de referirse a ella en algunos preceptos, lo que lleva a la «condena» de la aplicación supletoria del Código civil. En su opinión, esta imprevisión es «especialmente censurable a la vista de la polémica que ha suscitado la STS de 3 de junio de 2014», ya que el legislador vasco ha perdido así «una oportunidad de oro para dotar de mayor seguridad jurídica a una cuestión que está necesitada de ella. Nótese que aun cuando, en el ordenamiento civil vasco, sea posible preterir intencionalmente a los legitimarios o apartarlos de forma expresa sin alegar causa alguna, la desheredación sigue teniendo sentido práctico: así, cuando el

causante quiera excluir de la herencia a todos o al único descendiente, lo que solo podrá conseguir en caso de concurrencia de alguna de las causas tasadas de desheredación»

Como consecuencia de que estas materias se encuentren reguladas por el Código civil, son varias las sentencias que se pueden citar y que ya aplican esta nueva doctrina en el País Vasco⁵¹: SSAP de Vizcaya de 5 de noviembre de 2015: AC 2016, 292; 26 de noviembre de 2015: JUR 2016, 59263; y 9 de enero de 2020: JUR 2020, 174350.

6. REFLEXIÓN FINAL: ¿EXTENSIÓN DEL MALTRATO PSICOLÓGICO A OTRAS PERSONAS?

No podemos dejar de llamar la atención sobre el hecho de que en ciertas normativas autonómicas, como Cataluña, Aragón y Navarra, no se exige que el maltrato se produzca únicamente sobre la persona del testador. En Cataluña, el artículo 451-17.c) del Código civil de Cataluña establece, como causa de desheredación, el maltrato grave al testador, o a su cónyuge o conviviente en pareja estable, o a los ascendientes o descendientes del testador. En Aragón, el artículo 510.c) CDFA determina como causa de desheredación haber maltratado de obra o injuriado gravemente al testador, así como a su cónyuge, si este es ascendiente del desheredado. Por último, la ley 270 CDCFN señala que será causa de desheredación la causación de un daño contra la persona o bienes del causante o contra personas integrantes de su grupo o comunidad familiar o de sus bienes. En nuestra opinión, esta regulación extensiva del maltrato de obra a otros miembros de la comunidad familiar que hacen ciertas comunidades autónomas es más acorde con la idea de que la solidaridad intergeneracional o familiar es fundamento de la legítima, y que atentar contra cualquier miembro de la familia debe ser causa que justifique la posible exclusión del derecho a legítima por parte del causante del maltrato⁵².

IV. CONCLUSIONES

La STS de 3 de junio de 2014 supuso un verdadero punto de inflexión, un *landmark case* como dirían en el mundo anglosajón. La doctrina que en esta resolución se recoge, y que no es otra que la de contextualizar la normativa sucesoria y adaptarla a la realidad social, permitiendo que el maltrato psicológico pueda considerarse justa causa de desheredación, no está exenta de críticas como pudimos ver, pero, aun a pesar de ellas, es lugar común en la academia considerarla como una sentencia histórica, con gran repercusión en el mundo jurídico, pero también en la sociedad española en su conjunto. La magnitud del impacto de esta resolución puede apreciarse fácilmente en la resonancia que tuvo en todos los medios de comunicación de nuestro país, nacionales o regionales, así como en los numerosos comentarios doctrinales que sobre la misma se realizaron.

Desde un punto de vista constitucional-competencial, podría sorprender la gran repercusión de esta decisión del Tribunal Supremo, máxime si tenemos en cuenta que la misma afectaba a una materia de Derecho común, no aplicable, en principio, a los derechos autonómicos. Sin embargo, en este estudio hemos podido comprobar que la trascendencia fue la adecuada, pues prácticamente todos los derechos civiles autonómicos han reproducido el criterio del Tribunal Supremo,

como pasamos a ver. Cabe resaltar, en cualquier caso, que esta *influencia* no debería sorprender a nadie, ya que es en el seno de los ordenamientos autonómicos donde más se ha intensificado el proceso de *debilitación* de la legítima.

En Cataluña existen dos conceptos relacionados con esta materia que implican justa causa para desheredación: de una parte, la novedosa causa por ausencia de relación familiar; y, de otra, el *maltrato grave*. El Código civil catalán no hace referencia ni al maltrato de obra ni al maltrato psicológico; sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia catalán ha acordado en dos resoluciones (de 2015 y de 2017) que la nueva interpretación amplia de «maltrato de obra» que hace el Tribunal Supremo resulta aplicable también al mismo concepto («maltrato de obra») que se recogía como causa de desheredación en el antiguo Código de Sucesiones de 1991. No conocemos pronunciamiento de este Tribunal en el que se dirima esta cuestión en relación con la legislación nueva, recogida en el libro IV del Código civil catalán; sin embargo, todo parece indicar que dicha doctrina seguirá aplicándose: en primer lugar, porque los autores que han tratado este tema consideran que dentro del concepto de «maltrato grave» de que habla el Código civil de Cataluña se debe entender hecha una referencia a todo «maltrato de obra»; en segundo lugar, porque si el TSJ de Cataluña ha aplicado la nueva doctrina del Tribunal Supremo en sentido retrospectivo, nada hacer pensar que no la vaya a aplicar en sentido prospectivo, lo que, además, tendría más sentido. Cabe destacar, además, que existe una propuesta de reforma de cara a incluir, de forma expresa, el maltrato psicológico como causa de desheredación en el ordenamiento catalán.

En cuanto a Navarra, la reciente reforma llevada a cabo en el año 2019 ha regulado, por vez primera, causas propias de desheredación entre las cuales no se hace referencia alguna al *maltrato* en general o al *maltrato de obra* en particular. La causa que tal vez más pudiera parecerse es «la causación de un daño (...) contra la persona o bienes del causante». Como se puede observar, el concepto es bastante amplio y habrá que esperar a que exista jurisprudencia sobre la materia para comprobar si dentro del concepto de «causación de un daño» se entiende incluido, también, el daño psicológico, lo que a todas luces parece que será más que probable.

En Galicia y Aragón se establece como justa causa de desheredación el «maltrato de obra» al testador; concepto que, aun cuando sea idéntico al establecido en el Código civil, podría interpretarse de forma distinta por los Tribunales Superiores de Justicia de estas dos comunidades autónomas. El Tribunal Superior de Justicia de Galicia ya se ha pronunciado expresamente sobre esta materia en una reciente resolución de 2020, integrando la doctrina del Tribunal Supremo en el derecho civil gallego. No consta que exista una resolución parecida por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón, aunque las Audiencias Provinciales sí están aplicando los criterios del Tribunal Supremo.

En las Islas Baleares, el CDCIB no incluye el maltrato de obra dentro de sus causas de desheredación (ni para Mallorca y Menorca, ni para Ibiza y Formentera). Sin embargo, las Audiencias Provinciales sí están aplicando la nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en estos territorios. Por último, en el País Vasco no existe regulación expresa en la materia, por lo que se aplican subsidiariamente las normas de derecho común y la interpretación que de las mismas haga el Tribunal Supremo.

V. ÍNDICE DE LAS RESOLUCIONES CITADAS

RESOLUCIONES DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Barcelona de 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 135504)
- SAP de La Coruña de 27 de noviembre de 2014 (*JUR* 2015, 79445)
- SAP de La Coruña de 4 de diciembre de 2014 (*JUR* 2015, 72697)
- SAP de Lugo de 22 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 257457)
- SAP de Vizcaya de 5 de noviembre de 2015 (*AC* 2016, 292)
- SAP de Vizcaya de 26 de noviembre de 2015 (*JUR* 2016, 59263)
- SAP de La Coruña de 15 de abril de 2016 (*AC* 2016, 876)
- SAP de Zaragoza de 12 de julio de 2016 (*AC* 2016, 1392)
- SAP de las Islas Baleares de 15 de noviembre de 2016 (*JUR* 2016, 269730)
- SAP de las Islas Baleares de 20 de diciembre de 2016 (*AC* 2016, 2147)
- SAP de Pontevedra de 8 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 175771)
- SAP de Navarra de 2 de octubre de 2017 (*JUR* 2018, 218836)
- SAP de Lugo de 4 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 258654)
- SAP de Pontevedra de 18 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 85880)
- SAP de La Coruña de 7 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 106448)
- SAP de Pontevedra de 27 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 138187)
- SAP de La Coruña, de 16 de mayo de 2019 (*JUR* 2020, 16648)
- SAP de las Islas Baleares de 12 de abril de 2019 (*JUR* 2019, 177335)
- SAP de La Coruña de 24 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 263521)
- SAP de las Islas Baleares de 22 de octubre de 2019 (*JUR* 2019, 323326)
- SAP de La Coruña de 26 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 101563)
- SAP de Vizcaya de 9 de enero de 2020 (*JUR* 2020, 174350)
- SAP de Zaragoza de 19 de febrero de 2020 (*JUR* 2020, 227900)

RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Navarra de 26 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 4448)
- STSJ de Cataluña de 28 de mayo de 2015 (*RJ* 2015, 3761)
- STSJ de Cataluña de 2 de febrero de 2017 (*RJ* 2017, 1596)
- STSJ de Galicia de 23 de junio de 2020 (*JUR* 2020, 247707)

RESOLUCIONES DE LA DGRN (AHORA DGSJFP)

- RDGRN de 31 de marzo de 2005 (*RJ* 2005, 3483)
- RDGRN de 25 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2650)
- RDGRN de 5 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 4759)
- RDGRN de 5 de octubre de 2018 (*RJ* 2018, 4485)
- RDGRN de 3 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4420)

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 28 de junio de 1993 (*RJ* 1993, 4792)
- STS de 26 de junio de 1995 (*RJ* 1995, 5117)
- STS de 4 de noviembre de 1997 (*RJ* 1997, 7930)

- STS de 3 de junio de 2014 (RJ 2014, 3900)
- STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639)
- STS de 20 de julio de 2015 (RJ 2015, 4460)
- STS de 27 de junio de 2018 (RJ 2018, 3100)
- STS de 13 de mayo de 2019 (RJ 2019, 2212)
- STS de 2 de julio de 2019 (RJ 2019, 3141)
- STS de 25 de septiembre de 2019 (RJ 2019, 3677)

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALGABA ROS, S., Maltrato de obra y abandono emocional como causa de desheredación, *Indret: revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, 26
- ÁLVAREZ DE SOTO, J. y VIGIL DE QUIÑONES OTERO, D., La tutela registral de los derechos sobre la herencia, *Derecho de sucesiones: antiguas y nuevas controversias* (coords. M. Fuenteseca Degeneffe y L. Noriega Rodríguez), J.M. Bosch, Barcelona, 2020, 21-66.
- ARROYO AMAYUELAS, E. y ANDERSON, M., Between tradition and modernisation: a general overview of the Catalan Succession Law reform, *The law of succession: testamentary freedom* (ed. M. Anderson y E. Arroyo Amayuelas), Europa Law Publishing, Groningen, 2011, 41-72.
- ARROYO AMAYUELAS, E. y FARNÓS AMORÓS, E., Entre el testador abandonado y el legitimario desheredado: ¿a quién prefieren los tribunales?, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2015, 32
- ATIENZA LÓPEZ, J.I., El maltrato psicológico como supuesto del maltrato de obra es causa de desheredación, *CEFLegal: revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, núm. 186, 2016, 215-222.
- BALLESTER AZPITARTE, L., La falta de cariño, ¿es causa de desheredación?, *Diario La Ley*, núm. 8534, 2015, 5
- BARCELÓ DOMENECH, J., Abandono de las personas mayores y reciente doctrina del Tribunal Supremo español sobre la desheredación por causa de maltrato psicológico, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 2016, 289-302.
- La desheredación de los hijos y descendientes por maltrato de obra o injurias graves de palabra, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 682, marzo-abril 2004, 473-520.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 748, 2015, 928-952.
- BRITT, S.H., The significance of the last will and testament, *Journal of Social psychology*, 1937, 347-353.
- CABEZUELO ARENAS, A.L., Desheredación por maltrato psíquico. Litigio promovido contra un hijo que empleó dolo para que la madre consintiera donar todos sus bienes: Comentario de la STS de 30 de enero de 2015 (RJ 2015, 639), *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 37, 2015, 401-415.
- Revocación de donación y desheredación por maltrato psicológico: ¿Y si los maltratados psicológicamente fueran los descendientes?, *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 5, 2016, 103-112.
- CARRAU CARBONELL, J.M., La desheredación por maltrato psicológico y su dificultad de aplicación práctica, *Revista de Derecho civil*, vol. 2, núm. 2, 2015, 249-256.
- CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.

- DE ALMANSA MORENO-BARREDA, L.J., ¿Debe introducirse en el Derecho civil común la falta de relación familiar como causa para desheredar a hijos y otros descendientes?, *Aletheia: cuadernos críticos del Derecho*, núm. 1, 2012, 27-37.
- DE BARRÓN ARNICHES, P., Falta de trato familiar y desheredación de los descendientes, *Derecho y fiscalidad de las sucesiones «mortis causa» en España: una perspectiva multidisciplinar*, (coord. J. Ramos Prieto, C. Hornero Méndez; ed. J.M. Macarro Osuna), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2016, 93-110.
- DE BARRÓN ARNICHES, P., La libertad de testar y desheredación en los Derechos civiles españoles, *Indret: revista para el análisis del Derecho*, núm. 4, 2016, 57
- Ponderación de la desheredación como instrumento al servicio de la libertad de testar. El sistema de legítimas desde la perspectiva de las personas mayores, *La libertad de testar y sus límites* (coord. A. Vaquer Aloy, M.P. Sánchez González, E. Bosch Capdevila), Marcial Pons, Madrid, 2018, 113-146.
- DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, P., Perspectiva de la legítima. Notas para una revisión, *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. I, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, 1097-1116.
- DEL CAMPO ÁLVAREZ, B., El maltrato psicológico como causa de desheredación en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados* (dirs. F. de S. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F.J. Aranguren Urriza; coords. J.P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2019, 361-373.
- ESPINOSA DE SOTO, J.L., Comentario al artículo 263, *Derecho de sucesiones y régimen económico familiar de Galicia: comentarios a los Títulos IX y X y a la Disposición adicional* (coord. J.M. Cora Guerreiro, F.M. Ordóñez Armán y V.J. Peón Rama), Colexio Notarial de Galicia, Madrid, 2007, 822-823.
- FARNÓS AMORÓS, E., Desheredación por ausencia de relación familiar: ¿hacia la debilitación de la legítima?, *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M.P. García Rubio; coord. M. Herrero Oviedo), La Ley, Madrid, 2014, 451-478.
- FERRER RIBA, J., La successió per causa de mort: llibertat de disposar i interessos familiars, *La codificación del derecho civil de Cataluña: estudios con ocasión del cincuentenario de la compilación* (coords. C.E. Florensa Tomás, J.M. Fontanellas Morell), Marcial Pons, Madrid, 2011, 337-362.
- GALICIA AIZPURÚA, G., La sucesión forzosa: planteamiento general, *El Derecho civil vasco del siglo XXI: De la Ley de 2015 a sus desarrollos futuros*, Parlamento Vasco, Bilbao, 2016, 387-421.
- En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2017.
- GARCÍA RUBIO, M.P. y OTERO CRESPO, M., Capacidad, incapacidad e indignidad para suceder, *Tratado de Derecho de Sucesiones (Código civil y normativa civil autonómica: Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra, País Vasco)*, Tomo I, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2016, 235-288.
- *et al*, Los testamentos de las mujeres, *Construyendo la igualdad: la feminización del derecho privado* (coord. F.J. Infante Ruiz, M. Otero Crespo, A. Rodríguez González; dir. T.F. Torres García), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, 791-807.
- GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, L., Novedades jurisprudenciales en España en torno a la desheredación, *Diritto delle successioni e della famiglia*, vol. 3, núm. 1, 2017, 311-3140.

- GONZÁLEZ CARRASCO, C., Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 3 de junio de 2014. Desheredación por maltrato psicológico. Concepto incluido en el término «maltrato. Relevancia de la ausencia de relación afectiva como causa legal, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 97, 2015, 277-288.
- HUALDE MANSO, M.T., Comentario a la ley 270, *Comentarios al Fuero Nuevo: Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2020, 1077-1082.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., Abandono asistencial de la tercera edad y desheredación de los descendientes en la España contemporánea, *La protección de las personas mayores* (coord. C. Lasarte Álvarez, M.F. Moretón Sanz y P. López Peláez), Tecnos, Madrid, 2007, 363-383.
- MAGRO SERVET, V., El Código civil ante la extinción de la obligación de alimentos y desheredación de padres a hijos por maltrato, *Diario La Ley*, núm. 9466, 2019, 6.
- MALDONADO RUBIO, S., Nuevas causas de desheredación en el Código civil español. Especial referencia al maltrato psicológico como causa de desheredación, *Revista jurídica del notariado*, núm. 102-103, 2017, 611-666.
- MARSHALL, A., *Principles of Economics* (reedición de la obra de 1920), Overstone Press, Bristol, 1997.
- MARTÍN FUSTER, J.M., La desheredación en la jurisprudencia y su influencia en la concepción de la legítima, *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, (dirs. F. de S. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza; coords. J.P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2019, 663-689.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., El maltrato psicológico como causa de revocación de la donación, *Diario La Ley*, núm. 8647, 2015, 5.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., El maltrato psicológico como causa de desheredación: el menosprecio y abandono familiar, *Actualidad civil*, núm. 11, 2014, 1180-1188.
- MÍQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J.M., Legítima material y legítima formal, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, curso 2008/2009, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, 493-560.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., A vueltas con la desheredación y a revueltas con la legítima, *Actualidad civil*, núm. 5, 2015, 4-7.
- OLLÉ FAVARÓ, J.C., La reforma del Derecho de sucesiones en Cataluña, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo II, curso 2008/2009, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, 439-491.
- PARRA LUCÁN, M.A., Las legítimas en la propuesta de Código civil elaborada por la Asociación de Profesores de Derecho civil, *Las legítimas y la libertad de testar: perfiles críticos y comparados*, (dirs. F. de S. Capilla Roncero, M. Espejo Lerdo de Tejada y F. J. Aranguren Urriza; coords. J. P. Murga Fernández y C. Hornero Méndez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2019, 193-210.
- PÉREZ ARROYO, O., El maltrato psicológico de los hijos hacia sus padres, como nueva causa de desheredación: una aproximación jurídica, mediática y de interés humano, *Derecom*, núm. 24, 2018, 101-125.
- PÉREZ CONESA, C., El maltrato psicológico como justa causa de desheredación de hijos y descendientes. Interpretación del artículo 853.2 del Código civil por la doctrina jurisprudencial reciente, *Aranzadi civil-mercantil, revista doctrinal*, vol. 2, núm. 3, 2015, 117-121.

- PÉREZ ESCOLAR, M., Causas de desheredación y flexibilización de la legítima, *Estudios de derecho de sucesiones: Liber amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. Domínguez Luelmo y M. P. García Rubio; coord. M. Herrero Oviedo), La Ley, Madrid, 2014, 1131-1154.
- PERIS RIVERA, A.L., Desheredación: una visión comparada, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 4, 2016, 329-348.
- REBOLLEDO VARELA, Á.L., Problemas prácticos de la desheredación eficaz de los descendientes por malos tratos, injurias y abandono asistencial de los mayores, *La familia en el Derecho de Sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro* (coord. A. L. Rebollo Varela), Dykinson, Madrid, 2010, 379-462.
- RIBOT IGUALADA, J., Comentario al artículo 451-17, *Comentari al llibre Quart del Codi Civil de Catalunya relatiu a les successions* (dirs. J. Egea Fernández y J. Ferrer Ribá; coord. L. Alascio Carrasco), vol. II, Atelier, Barcelona, 2009, 1393-1402.
- ROMERO COLOMA, A.M., Desheredación de hijos y otros descendientes por maltrato de obra: problemática jurídica, *Revista jurídica del notariado*, núm. 63, 2007, 267-282.
- *La desheredación*, Bosch, Barcelona, 2005.
- ROVIRA SUEIRO, M.E., Comentario al artículo 263, *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio* (coord. A. L. Rebollo Varela), Thomson Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2008, 1146-1152.
- ROYO MARTÍNEZ, M., *Derecho sucesorio mortis causa*, Editorial Edelce, Sevilla, 1951.
- SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A., La desheredación, alivio de legitimarios ingratos, *Revista jurídica del notariado*, núm. 86-87, 2013, 413-442.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.P., *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- TORRES GARCÍA, T.F., Legítima versus libertad de testar, *Nuevas orientaciones del Derecho civil en Europa*, (dirs. M. Pereña Vicente, P. Delgado Martín; coord. M. del M. Heras Hernández), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2015, 865-891.
- VAQUER ALOY, A., Desheredación por falta de relación familiar y libertad de testar: a propósito de la nueva causa de desheredación del artículo 451-17.e) del Código civil de Cataluña, *Homenaje al profesor Carlos Vattier Fuenzalida* (coord. J.M. De la Cuesta Sáenz, E. Vicente Domingo, M.T. Carrancho Herrero, J.M. Caballero Lozano y R. de Román Pérez), Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor Navarra, 2013, 1153-1172.
- VAQUER ALOY, A., Freedom of testation, compulsory share and disinheritance based on lack of family relationship, *The law of succession: testamentary freedom* (ed. M. Anderson y E. Arroyo Amayuelas), Europa Law Publishing, Groningen, 2011, 89-104.

NOTAS

¹ Véanse las noticias o artículos de opinión de: *La Voz de Galicia*, de 7 de agosto de 2014, El maltrato psicológico a los padres es causa para desheredar a los hijos, disponible en: <https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/sociedad/2014/08/07/maltrato-psicologico-padres-cause-sheredar-hijos/00031407408757154382956.htm>; *El diario vasco* de 18 de mayo de 2019, El Supremo avala que una mujer desherede a dos hijos por maltrato psicológico, disponible en: <https://www.diariovasco.com/sociedad/supremo-deshereda-hijos-20190518122341-ntrc.html>; *El Diario de Navarra*, de 8 de agosto de 2014, El maltrato psíquico a los padres, causa para desheredar a los hijos, disponible en: https://www.diariodenavarra.es/noticias/mas_actualidad/nacional/2014/08/08/el_maltrato_psiquico_los_padres_causa_para_desheredar_los_hijos_170535_1031.html; *El Periódico de Aragón*, de 18 de enero de 2019, Incitación a la desheredación, en el que se anima a desheredar a los hijos ingratos: «Acudan a un notario que les asesore y vea factible que a esos hijos con lágrimas, esas lágrimas de cocodrilo, reciban el trato que merecen los llamados legitimarios que han actuado de modo ilegítimo», disponible en: https://www.elperiodicodearagon.com/noticias/opinion/incitacion-desheredacion_1336990.html; *Diario de Mallorca*, de 8 de agosto de 2014, Desheredados por maltratar a su padre, disponible en: <https://www.diariodemallorca.es/videos/sociedad/2014/08/08/desheredados-maltratar-padre-2958365.html>, y El maltrato psicológico, motivo para desheredar a los hijos, disponible en: <https://www.diariodeibiza.es/sociedad/2014/08/07/maltrato-psicologico-motivo-desheredar-hijos/711731.html>.

² PERIS RIVERA, 2016, 346. CARRAU CARBONELL, 2015, 250, también afirma que se trata de un cambio jurisprudencial trascendente. ROMERO COLOMA, 2015, 327, considera que abre una vía «interesantísima» y en su trabajo posterior, 2018, 57 y sigs., la califica reiteradamente de sentencia «carismática». GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, 2017, 322 habla de «giro radical», y para DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2019, 367, la de esta sentencia se trata de «una interpretación sin precedentes».

³ Alguna de estas SSTs fueron comentadas, por al menos, los siguientes autores: MESÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, 2014, 1180 y sigs.; BALLESTER AZPITARTE, 2015, 1 y sigs.; BERROCAL LANZAROT, 2015, 928 y sigs.; ROMERO COLOMA, 2015, 321 y sigs.; MARTÍNEZ VELENCOSO, 2015, 1 y sigs.; PÉREZ CONESA, 2015, 117 y sigs.; CABEZUELO ARENAS, 2015, 401 y sigs.; GONZÁLEZ CARRASCO, 2015, 277 y sigs.; ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 1 y sigs.; CABEZUELO ARENAS, 2016, 103 y sigs.; ATIENZA LÓPEZ, 2016, 218 y sigs.; GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, 2017, 311 y sigs.; MALDONADO RUBIO, 2017, 611 y sigs.; ROMERO COLOMA, 2018, 51 y sigs.; DEL CAMPO ÁLVAREZ, 2019, 361 y sigs.; MARTÍN FUSTER, 2019, 663 y sigs.; MAGRO SERVET, 2019, 1 y sigs.

⁴ De la Resolución se infiere que la falta de identificación se debía a que no conocía ni su existencia; se cita textualmente: [una de las desheredadas] «tuvo hijos y yo ni me enteré. Hace como dos años, me llamó en un par de ocasiones. Uno de esos días, quedamos y trajo a sus hijos. No les he vuelto a ver más, ni he recibido una llamada de ellos».

⁵ La RDGRN establece expresamente: «la desheredación constituye un acto de voluntad testamentaria de apartar a un legitimario de la sucesión. Pero ha de ser una voluntad no solo explicitada, sino bien determinada. Esta exigencia de determinación se proyecta en un doble sentido: por una parte impone la expresión de una causa legal, que si no ha de ser probada por el testador, al menos ha de ser alegada como fundamento de la privación sucesoria, ya por referencia a la norma que la tipifica ya mediante la imputación de la conducta tipificada. Y por otra, también requiere la identificación del sujeto, del legitimario, al que se imputa la conducta legalmente relevante para justificar su apartamiento. (...) Por eso se plantea como un requisito de la desheredación la perfecta identificación del sujeto que sufre la privación de su legítima, al menos con el mismo rigor que se exige para la designación de heredero «por su nombre y apellidos» (cfr. art. 772 CC)».

⁶ La RDGRN señala al efecto: «es preciso que el desheredado sea susceptible de imputación, esto es, que al tiempo del testamento haya nacido y tenga aptitud o idoneidad para que le sea jurídicamente imputable la conducta que constituye la causa legal de desheredación. Y aunque es cierto que el Código civil —a diferencia de lo que hizo algún texto legal anterior, como Las Partidas— no expresa ni concreta la capacidad para ser desheredado, lo

que no cabe duda es que se requiere un mínimo de madurez física y mental para que una persona pueda ser civilmente responsable del acto que se le imputa».

⁷ En un supuesto parecido, en el que el causante había desheredado a su hija, pero no a sus nietas, el Tribunal Supremo determina en su Sentencia de 2 de julio de 2019 (*RJ* 2019, 3141) que la nueva doctrina jurisprudencial sobre maltrato psicológico no resulta aplicable al artículo 756.7 del Código civil sobre indignidad; es decir, que el abandono afectivo y personal de las nietas respecto de sus abuelos maternos no les priva de su derecho a legítima.

⁸ Posteriormente también DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 37 y sigs., consideró que la resolución del Tribunal Supremo no era satisfactoria, por lo forzada que resulta: «se fuerza en primer lugar para encajar dentro del concepto legal ‘maltrato de obra’ el maltrato que no es de carácter físico. Y se fuerza también para entender como tal maltrato el hecho del abandono y la falta de atención y de relación familiar».

⁹ Cabe señalar que el contador partidor nombrado por el testador no tendrá facultades para cuestionar la certeza de la causa de desheredación o para prescindir de la misma ante la dificultad de su prueba, según se recoge en la RDGRN de 31 de marzo de 2005 (*RJ* 2005, 3483). Sí se puede, sin embargo, reconocer la inexistencia de la causa de desheredación por parte de los herederos testamentarios de común acuerdo, adjudicando a los desheredados su legítima estricta, sin que sea precisa una resolución judicial que declare la ineficacia de la desheredación (RDGRN de 5 de octubre de 2018, *RJ* 2018, 4485). Una Resolución posterior de 3 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4420) considera que para que pueda existir acuerdo válido sobre la legítima en caso de desheredación, el mismo debería otorgarse por todos los interesados, incluyendo no solo a la heredera y a las hijas desheredadas, sino a los descendientes de estas. Véase, sobre todas estas cuestiones, MARINO PARDO, La desheredación del hijo que abandona al padre. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, en el Blog *Iurisprudente*, disponible en: www.iurisprudente.com/2014/07/la-desheredacion-del-hijo-que-abandona.html.

¹⁰ Con anterioridad a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, el artículo 756.1 del Código civil establecía que serían incapaces para suceder (y, por tanto, podrían ser desheredados), «los padres que abandonaren, prostituyeren o corrompieren a sus hijos».

¹¹ También en la RDGRN de 25 de mayo de 2017 (*RJ* 2017, 2650), como hemos referido con anterioridad.

¹² Para un mayor análisis sobre la exigencia de imputabilidad en la jurisprudencia menor, véase MARINO PARDO, La desheredación del hijo que abandona al padre. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, en el Blog *Iurisprudente*, disponible en: www.iurisprudente.com/2014/07/la-desheredacion-del-hijo-que-abandona.html.

¹³ Véase FERNÁNDEZ MALDONADO, De nuevo sobre el maltrato psicológico como causa de desheredación: STS 2492/2018 de 27 de junio de 2018, de *NotaríaAbierta*, disponible en: <https://notariabierta.es/sts-27-junio-2018-abandono-maltrato-psicologico-desheredacion/>.

¹⁴ Esta Asociación instó formalmente al Ministerio de Justicia y a la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados a una reforma de la ley que previera una nueva causa de desheredación por ausencia de relación familiar; véase, entre otros: https://www.infolibre.es/noticias/politica/2014/03/26/exigen_gallardon_libertad_para_testar_ampliar_las_causas_para_desheredar_14987_1012.html.

¹⁵ DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ, 2002, 1116, rebate que se proponga ampliar las causas de desheredación para evitar abusos: «¿para qué obligar —se pregunta— y luego señalar grandes excepciones a la obligación?». O'CALLAGHAN MUÑOZ, 2015, 4 y sigs., cree que «no tiene sentido modificar o ampliar la desheredación, que es una expresión mínima y poco frecuente de la legítima. Lo que el Código civil debe hacer y decir es que la legítima queda eliminada y consagrada la libertad de testar». DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 146, cree que «la jurisprudencia nos muestra que la desheredación no es un elemento de flexibilización de la legítima»; por ello, «más que modificar o incrementar las causas de privación de la legítima parece necesario modificar la propia legítima, si lo que se busca es proporcionar realmente libertad de testar al causante».

¹⁶ Ejemplos de sistemas basados en el comportamiento los encontramos en Oregón y California donde, según DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 98, llevan este planteamiento hasta el extremo, pues se considera premuerto y pierde, por tanto, todo derecho hereditario al

descendiente que actuase maliciosamente contra su causante, ejerciese sobre él una influencia indebida o abusase de su situación de ancianidad o dependencia [sección 112.465 de las leyes del Estado de Oregón (*Oregon Statutes*)].

¹⁷ SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, 2013, 422, ponía de manifiesto las pocas sentencias que había hasta ese momento sobre desheredación.

¹⁸ El término de malas relaciones no es frecuentemente usado por la doctrina, pero no creemos que deba obviarse; como señala Torres García, 2015, 879, «la complejidad de las actuales estructuras familiares no hace extrañar la situación en la que los progenitores han perdido el contacto con alguno de sus hijos o incluso mantienen malas relaciones».

¹⁹ ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2011, 56-57, se plantean precisamente este supuesto, si el hecho de que el legitimario fuese homosexual y eso causara una ruptura de las relaciones con su padre o madre, sería una razón válida para desheredar. VAQUER ALOY, 2013, 1166, ofrece otro ejemplo: el del hijo que mantiene «contacto esporádico con su padre causante pero que le impide relacionarse con su nieto; no debe ser ajena la conducta previa del causante imaginemos que hubiera sido condenado por abusos sexuales a menores pero tampoco cabría una interpretación literal de la causa de desheredación que la confinara a la estricta relación entre causante y legitimario obviando la relación familiar en sentido extenso entre ambos».

²⁰ GARCÍA RUBIO *et al*, 2017, 795-796, afirman que existen grandes diferencias a la hora de testar según el género del testador; así, los hombres que contraen segundas nupcias tienden a favorecer a los hijos habidos con la segunda mujer y a dejar menos a los de la primera. Las razones a las que puede deberse esto son varias, siendo una de ellas, que el hombre no tuviese la custodia de los hijos, perdiendo así los lazos de convivencia y cariño con ellos.

²¹ Parece que ALONSO MARTÍNEZ, reedición 1940-1949, 48, pensaba en un caso de este tipo cuando afirmaba que «es evidente que el hombre, debilitado por los años y la enfermedad, puede ser víctima de sugerencias de todo género. Las seducciones de una mujer artera, las intrigas y maniobras de parientes codiciosos o de falsos amigos que rodean el lecho del moribundo para captarse su herencia, son otros tantos peligros de que la ley debe defender a la familia legítima».

²² Véase, a modo de ejemplo: <https://www.diariocritico.com/noticia/247109/noticias/marina-castano-la-insoportable-levedad-del-ser.html> y <http://www.circulodeopinion.com/camilo-jose-cela-conde-un-hijo-modelo/>

²³ RIBOT IGUALADA, 2009, 1400, al estudiar la causa catalana, dice que lo positivo de la misma es que podrá abarcar muchas situaciones, incluida la no infrecuente ausencia de asistencia al entierro del causante.

²⁴ MARIÑO PARDO, al comentar esta sentencia en La desheredación del hijo que abandona al padre. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2014, en el Blog *Iurisprudente*, disponible en: www.iurisprudente.com/2014/07/la-desheredacion-del-hijo-que-abandona.html, afirma que «parece que, en todo caso, si la situación de conflicto se ha iniciado durante la minoría de edad de la desheredada, aunque se hubiera prolongado tras su mayoría de edad, no puede ser considerada imputable a la misma y no debería ser considerada causa de desheredación». Cree también este autor que en este caso «se están mezclando dos supuestos distintos, que pueden merecer un tratamiento distinto: el perdón por el testador y la reconciliación entre ofensor y ofendido».

²⁵ RIBOT IGUALADA, 2009, 1399, lo define como una de las principales novedades de la regulación de desheredación en el Código civil catalán.

²⁶ Para FARNÓS AMORÓS, 2014, 454 y 463, se trata de una excepción en Derecho comparado. En nuestra opinión, cierto es que la causa es desconocida en los ordenamientos civiles más próximos al nuestro, pero ello no quiere decir que sean pocas las normativas que sí la contemplan. Según VAQUER ALOY, 2013, 1160 y DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 43, esta causa se contempla en las normativas de Austria, República Checa, Croacia, Brasil, Perú, Colombia, Chile y Ecuador. En cuanto a Austria, en 1989 se introdujo en el ABGB la posibilidad de que el causante redujera la legítima a la mitad si nunca había existido con los legitimarios el trato familiar que normalmente se dispensan los padres y los hijos. Después hubo varias modificaciones dirigidas a eximir al legitimario cuando la falta de trato

familiar fuera imputable al progenitor. En la República Checa, son causas de desheredación el comportamiento del descendiente que no presta la atención necesaria al causante que lo requiera por causa de enfermedad, edad u otras circunstancias serias, y cuando de manera duradera no le ha mostrado el interés que correspondería en su condición de descendiente. En Croacia, se permite la desheredación por lesión grave de una obligación familiar legal o moral hacia el causante, como no atenderle o cuidarle cuando lo necesita. El artículo 1962 del Código civil de Brasil de 2002 establece como causa de desheredación el desamparo del causante en estado de enajenación mental o enfermedad grave. El artículo 744.2° del Código civil de Perú establece como causa de desheredación el haber negado sin motivo alimentos al causante o haber abandonado al ascendiente encontrándose este gravemente enfermo o sin poder valerse por sí mismo. El artículo 1173 del Código civil de Bolivia considera justo motivo para desheredar el negar sin motivo la asistencia familiar. Existen también disposiciones normativas en los Códigos civiles de Colombia (art. 1266.2°), Chile (art. 1208.2°) y Ecuador (art. 1231.2°) que permiten desheredar por no haber socorrido en estado de demencia o desvalimiento, pudiendo hacerlo, al causante. En otro trabajo, de BARRÓN ARNICHES, 2016, 98 y 99, afirma que el ordenamiento de Liechtenstein y de Bolivia también contemplan unas causas similares. Según ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 9, esta causa también es seguida, aunque con distintas fórmulas legales, en Eslovenia, Malta, Japón y Louisiana, en Estados Unidos. Sobre Japón, afirman que se admite la posibilidad de desheredar al legitimario que hubiese cometido una falta grave contra el testador, que es algo que los tribunales deben juzgar de acuerdo con la moral social. Por último, en Louisiana, el progenitor puede desheredar a un hijo legitimario mayor de edad si este no ha contactado con él durante un plazo de dos años, siempre que supiera cómo hacerlo y no hubiera justa causa que lo impidiera, salvo que el hijo se encontrara en servicio activo en las fuerzas armadas de los EE.UU, pues se considera que se trata de una imposibilidad material o por razones de seguridad.

²⁷ El artículo 451-21.e) se refería a la «ruptura manifiesta y continuada en el tiempo de la relación familiar», lo que suponía una convivencia previa; véase BOPC n.º 33, 19.2.2007.

²⁸ De acuerdo con la SAP de Barcelona de 30 de abril de 2014 (*JUR* 2014, 135504), en la que se establece que la ausencia de relación debe ser «sucesiva en el tiempo, no bastando una mera interrupción temporal por razones profesionales, educativas o de índole análoga». Para PÉREZ ARROYO, 2018, 109 y sigs., uno de los cambios que afecta a nuestra sociedad actual es que se producen muchos más movimientos migratorios, razón por la que los hijos pueden no ver a sus padres durante mucho tiempo, sobre todo por motivos de trabajo, educación o distancia, y no por ello podrían ser desheredados.

²⁹ El artículo 1621 del Código civil Luisiana de 1870 que sí requiere que la falta de contacto haya durado al menos dos años, pero deberá ser significativo en atención a las circunstancias. Véase DE ALMANSA MORENO-BARREDA, 2012, 35; FARNÓS AMORÓS, 2014, 464.

³⁰ Tras la última reforma, que entró en vigor en 2017, el precepto § 776 solo será aplicable si el legitimario no tuvo relación con el testador por un período largo de tiempo, según la doctrina, de al menos diez años; véase Miler, 2018, 99, y Steiner, 2016, 131.

³¹ ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 17, dicen que: «el legislador habría hecho bien en precisar un número de años a partir de los cuales se entiende que existe falta de trato manifiesta y continuada. No es lo mismo que pasen cinco años que diez o treinta, y la imprecisión facilita la arbitrariedad». En su opinión, un período muy largo, como de treinta años, sería contraproducente; y también uno muy breve, como de dos años, pues no es indicativo de que ya no puedan restablecerse los lazos familiares. Por ello, consideran que un período de diez años sería más que razonable».

³² ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2011, 56-57; DE PAULA PUIG BLANES, 2011, 424-425; GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR, 2017, 330.

³³ FARNÓS AMORÓS, 2014, 466. PÉREZ ESCOLAR, 2014, 1152-1153, pone de relieve «la importancia de aconsejar al testador la preconstitución de una prueba que, en la medida de lo posible, supere los inconvenientes de la testifical, o de plantearse la atribución de la carga de la prueba a ambas partes implicadas, herederos y desheredado, o bien directamente al desheredado». Véase también DE BARRÓN ARNICHES, 2016, 44.

³⁴ ARROYO AMAYUELAS y FARNÓS AMORÓS, 2015, 11 y sigs., ya hacen notar lo prolijo de esta causa en derecho comparado: «su admisión tampoco es pacífica en otros lugares: el legislador alemán la ha rechazado expresamente, en Austria ha sido polémico definir el supuesto de hecho y todavía hoy se discute si debe mantenerse y, en Luisiana, único Estado anglo-americano que regula la legítima, la interpretación de esta causa de desheredación ha generado no pocos litigios». Véase también Ferrer Riba, 2011, 356.

³⁵ Como también lo hace DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 144, que pone en duda que esta nueva causa esté resultando eficiente para la obtención de los objetivos que se proponía el legislador.

³⁶ GARCÍA RUBIO y OTERO CRESPO, 2016, 263, hacen notar que en el sistema francés e italiano se ha fusionado la indignidad y la desheredación; situación deseada por parte de nuestra doctrina nacional.

³⁷ Téngase en cuenta, sobre la voluntad del testador, que como afirman GARCÍA RUBIO *et al*, 2017, 798, existen diferencias de género; así, se dice que «la mujer tiende a desigualar menos a los hijos, según algunos notarios, porque tiene un sentido familiar más acusado. La mujer prefiere muchas veces ocultar la existencia de conflictos familiares para mantener la unidad familiar que trata de salvaguardar a toda costa, durante y después de su vida (...) Ejemplo de esta actitud es el caso comentado por un notario de Ourense, si bien ocurrido en Almería, en que unos padres, él moribundo, desheredaron entre sollozos a un hijo por causa verdaderamente grave (amenaza con pistola). Muerto el padre, al poco tiempo fue la madre a decirle que se había conseguido cierta reconciliación familiar; que no quería que fallecida ella hubiese más lío, y modificó su testamento instituyendo herederos a todos sus hijos. La mujer tiende a perdonar más que el hombre cualquier ofensa de un hijo. Dicen los notarios que es un testamento propio de mujer aquel en que se favorece a un hijo que no lo merece para evitar una fuente de conflictos».

³⁸ FERRER RIBA, 2011, 356. Véase también PÉREZ ARROYO, 2018, 119, que cree que hay que cambiar la ley en materia de desheredación, pues sino, «el ciudadano seguirá estando a merced de los jueces y tribunales que, en cada caso concreto, decidirán, casi aleatoriamente».

³⁹ Destaca la opinión de SÁNCHEZ TAPIA, en La ausencia de relación familiar; justa causa de desheredación en el Derecho catalán del Blog *No hay Derecho*, de 20 de diciembre de 2010, en el que afirma que la fecundidad legislativa catalana tenía que tener alguna ventaja, cual es la actualización o puesta al día en esta materia. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2010/12/20/la-ausencia-de-relacion-familiar-justa-causa-de-desheredacion-en-el-derecho-catalan/>

⁴⁰ FERRER RIBA, 2011, 355, cree que la nueva causa catalana es coherente con el hecho de que la legítima se basa en la solidaridad familiar. FARNÓS AMORÓS, 2014, 462 y sigs., considera que si uno de los fundamentos de la legítima es la relación de parentesco entre padres e hijos, base de la solidaridad familiar, la ausencia de relación personal, más allá de la existencia basada en la biología, debería ser razón de peso para hacer decaer tal derecho. DE BARRÓN ARNICHES, 2018, 144, entiende que la nueva causa catalana es coherente con el modelo familiar actual. Véase también PÉREZ ARROYO, 2018, 110. Para VAQUER ALOY, 2018, 64-65, la introducción en derecho catalán de la nueva causa de desheredación puede hacer pensar «que la legítima sí responde, o cuando menos, si empieza a responder, a la noción de solidaridad intergeneracional. Sin embargo, ello resulta, cuando menos, discutible».

⁴¹ ARROYO AMAYUELAS y ANDERSON, 2011, 69; FERRER RIBA, 2011, 350, afirma que el libro cuarto del CCCat continúa el proceso de erosión de la legítima; FARNÓS AMORÓS, 2014, 454. Incluso se ha dicho que esta nueva causa es el último intento por salvar la legítima; véase RIBOT IGUALADA, 2009, 1402.

⁴² Véanse las noticias de *La Vanguardia*, de 3 de mayo de 2019, La Generalitat de Cataluña prepara una ley para que el maltrato psicológico sea motivo para desheredar; disponible en: <https://www.lavanguardia.com/local/barcelona/20190503/462010173859/la-generalitat-prepara-una-ley-para-que-el-maltrato-psicologico-sea-motivo-para-desheredar.html>; y *El Periódico*, de 3 de mayo de 2019, Los catalanes que sufran maltrato psicológico de sus hijos podrán desheredarlos, disponible en: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20190503/cambio-codigo-civil-catalunya-maltrato-psicologico-ancianos-7436739>.

⁴³ El precepto en cuestión establece como justa causa para desheredar «haberla maltratado [a la persona testadora] de obra o injuriado gravemente»; por ello, ESPINOSA DE SOTO, 2007, 822, hace notar que el legislador gallego ha suprimido la referencia a injuria de palabra, «dando a entender que esta puede tener lugar de muchas otras formas que mediante el uso de la palabra, en especial con los hechos».

⁴⁴ Resulta muy ilustrativa la STSJ de Navarra de 26 de febrero de 2003 (*RJ* 2003, 4448), cuando afirma, en relación con el «interés casacional foral» que «no cabe apoyar aquí el interés casacional en la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, y por otros Tribunales Provinciales, en relación a normas comunes (principalmente, del Código civil, por muy parecidas, análogas o similares que sean a las forales».

⁴⁵ También existen otras Resoluciones en las que se observa cierta desatención de la nueva doctrina del Tribunal Supremo, como ocurre en la SAP de Pontevedra de 27 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 138187). En esta sentencia se admite, de una parte, que las causas de desheredación de los artículos 262 y 263.2º LDCG se corresponden con los artículos 849 y 853.2º del Código civil; sin embargo, se considera que, como recuerdan sentencias de otras Audiencias Provinciales ajenas a la Comunidad gallega, «lo determinante será por tanto demostrar que en efecto existió un maltrato real y objetivo, no que el testador subjetivamente se considere maltratado y dé por cierta la causa de desheredación, o considerar como maltrato hechos o circunstancias que objetivamente no tengan tal consideración. En particular, se excluyen situaciones como falta de relación afectiva y de comunicación, abandono sentimental durante última enfermedad, o ausencia de interés sobre problemas del padre, que, de ser ciertas, corresponden al campo de la moral, escapando de la valoración jurídica, solo sometidas al tribunal de la conciencia (STS de 28 de mayo de 1993)». En este caso sí se termina apreciando la existencia de maltrato de obra, pero no por maltrato psicológico, sino porque se acreditó la ejecución por el hijo de «insultos, amenazas, gritos y gestos intimidantes, dirigidos a su madre con reiteración, incluso empujones o zarandeos, siempre exigiendo dinero a la misma, que comportan graves falta de respeto y evidente maltrato de obra». Sorprende, por lo tanto, que si se recurre a sentencias del Tribunal Supremo —a pesar de no ser necesario por cuanto no vinculan al Derecho civil gallego— no sea para citar la doctrina jurisprudencial más actual.

⁴⁶ Véase la SAP de Lugo de 22 de octubre de 2015 (*JUR* 2015, 257457), en la que se afirma «Todo ello comporta un maltrato psicológico suficiente para integrar el supuesto de hecho descrito en la Ley gallega de Derecho civil como maltrato en los términos que establece la Jurisprudencia reseñada del Tribunal Supremo». Véanse también las SSAP de Pontevedra de 8 de junio de 2017 (*JUR* 2017, 175771); Lugo de 4 de octubre de 2017 (*JUR* 2017, 258654); La Coruña de 26 de diciembre de 2019 (*JUR* 2020, 101563). Se aplica incluso para denegar alimentos entre familiares, por la causa del artículo 152 del Código civil («cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación»); véase la SAP de La Coruña de 24 de julio de 2019 (*JUR* 2019, 263521).

⁴⁷ Véase la SAP de Pontevedra de 18 de febrero de 2019 (*JUR* 2019, 85880), en la que se aplica la STS de 27 de junio de 2018, en el sentido de considerar que no puede admitirse la desheredación cuando el supuesto maltrato psicológico provenga de la ausencia de relación familiar que comienza en la infancia del descendiente y es imputable al progenitor. Véase también la SAP de La Coruña de 7 de marzo de 2019 (*JUR* 2019, 106448), en la que tampoco se le da validez a la desheredación por el supuesto maltrato de la hija al padre, hija que había sido violada por este, o la SAP de La Coruña, de 16 de mayo de 2019 (*JUR* 2020, 16648), en la que tampoco se admite la desheredación de tres hijos del causante que habían sufrido sus malos tratos toda vez que, tal y como afirma el Tribunal Supremo en su Sentencia de 2014, «la inclusión del maltrato psicológico sienta su fundamento en nuestro propio sistema de valores referenciado, principalmente, en la dignidad de la persona como germen o núcleo fundamental de los derechos constitucionales (art. 10 CE) y su proyección en el marco del Derecho de familia como cauce de reconocimiento de los derechos sucesorios, especialmente de los derechos hereditarios de los legitimarios del causante, así como en el propio reconocimiento de la figura en el campo de la legislación especial; caso, entre otros, de la Ley Orgánica de protección integral de la violencia de género, 1/2004».

⁴⁸ Como afirma GÓMEZ-CORNEJO TEJEDOR (2017, 332), «la figura de la desheredación en Aragón solo tiene sentido cuando el causante quiere desheredar a todos sus descendientes, o al descendiente único»

⁴⁹ Véase la noticia titulada Confirman el derecho de un padre a desheredar a su hijo por negarle su ayuda, de *Diario de Mallorca*, publicada el 26 de noviembre de 2016. Disponible en: <https://www.diariodemallorca.es/mallorca/2016/11/26/confirman-derecho-padre-desheredar-hijo-3513077.html>

⁵⁰ Cabría añadir, en cualquier caso, que existen noticias de la prensa que pueden causar cierta confusión, como el de *El Diario Vasco*, de 9 de octubre de 2017, titulado La ley que permite desheredar a los hijos dispara los cambios de legados, aunque no concrete nada sobre desheredación en realidad, disponible en: <https://www.diariovasco.com/sociedad/permite-desheredar-hijos-20171009003459-ntvo.html>.

⁵¹ También puede resultar interesante la RDGRN de 5 de julio de 2018 (*RJ* 2018, 4759), relativa a un testamento otorgado en junio de 2015 por un vecino vasco y en el que se deshereda al hijo con base en el artículo 853.2 del Código civil (en este caso, por haberle injuriado gravemente de palabra).

⁵² Cabe tener en cuenta que, en un primer momento, la conservación del Derecho foral constituía un privilegio (véase CASTRO Y BRAVO, 1984, 226 y sigs.); en la actualidad, ÁLVAREZ DE SOTO y VIGIL DE QUIÑONES OTERO (2020, 49-59) ponen de manifiesto que «el Derecho foral ha dejado de ser un privilegio de conservación de viejas instituciones asentadas en valores previos al del Código civil, para convertirse en un conjunto de normas que siguen siendo un privilegio de una parte, pero ya no para conservar, sino para innovar, pues los legisladores autonómicos son mucho más ágiles que el legislador central».

1.5. Obligaciones y Contratos

Créditos *revolving*: usura y transparencia

Revolving credits: usury and transparency

por

BEATRIZ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO

Profesora doctora de Derecho civil

Universidad de La Rioja

RESUMEN: Los créditos y tarjetas *revolving* son actualmente objeto de abundante litigiosidad. Las SSTS de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020 han tratado de resolver y fijar doctrina en relación con el carácter usurario de estos contratos, pero esa doctrina no fija criterios concretos, genera incertidumbre e inseguridad jurídica y se ha desarrollado cometiendo varios errores, que han merecido numerosas críticas. En este trabajo se analizará en qué consisten y cuáles son las notas características de esos créditos y tarjetas *revolving*, así como la controversia a ellos actualmente vinculada, fundamentalmente en cuanto al carácter usurario de los intereses previstos, partiendo del tenor literal de la Ley de Represión de la Usura de 1908 y la doctrina jurisprudencial dictada sobre esta cuestión, fundamentalmente las referidas SSTS de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020. Asimismo, se comentará brevemente la aplicación del control de transparencia en estos casos, así como la existencia de nuevas normas que sobre información, publicidad y evaluación de solvencia entraron en vigor en enero de 2021.

ABSTRACT: Credit and revolving cards are currently the subject of extensive litigation. The SSTS of November 25, 2015 and March 4, 2020 have tried to resolve and establish doctrine in relation to the usurious nature of these contracts, but this doctrine does not establish specific criteria, generates uncertainty and legal insecurity and has been developed committing various errors, which have received much criticism. This paper will analyze what they consist of and what are the characteristic notes of those credits and revolving cards, as well as the controversy currently linked to them, mainly regarding the usurious nature of the anticipated interests, based on the literal wording of the Repression of Usury Law of 1908 and the jurisprudential doctrine issued on this matter, fundamentally the referred SSTS of November 25, 2015 and March 4, 2020. Likewise, the application of transparency control in these cases will be briefly commented, as well as the Existence of new rules on information, publicity and solvency assessment that entered into force in January 2021.

PALABRAS CLAVE: Crédito *revolving*. Consumidor. Préstamo. Tarjeta *revolving*. Transparencia. Usura.

KEY WORDS: *Revolving credit. Consumer. Loan. Revolving card. Transparency. Usury.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL CRÉDITO *REVOLVING*: CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS.—III. LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA DE 1908.—IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE NULIDAD DEL CRÉDITO *REVOLVING* POR USUARIO: 1. LA STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015 (CASO Sygma): A) *Hechos y fallo*. B) *Argumentos y fundamentos jurídicos: análisis crítico*. 2. LA STS DE 4 DE MARZO DE 2020 (CASO WIZINK): a) *Hechos y fallo*. b) *Argumentos y fundamentos jurídicos: análisis crítico*. 3. CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE: A) *Cuestiones prejudiciales planteadas en septiembre de 2020*. B) *Cuestiones prejudiciales planteadas en mayo de 2021*.—V. CONTROL DE TRANSPARENCIA, DEBERES DE INFORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE SOLVENCIA.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En los últimos años se han ido sucediendo oleadas de litigios en relación con contratos o productos financieros celebrados con consumidores: desde las cláusulas suelo y la controvertida restitución de las cantidades indebidamente abonadas, hasta los gastos hipotecarios, la cláusula IRPH, los préstamos multidivisa y también los intereses de los créditos y préstamos, tanto hipotecarios como de consumo, respecto de los que su posible abusividad ha sido objeto desde hace años también de especial atención, concretamente en relación con los intereses de demora (cabe recordar que los intereses remuneratorios hacen referencia al precio del contrato, que, como objeto esencial del mismo y fruto de la libertad contractual de las partes, no está sujeto al control de abusividad, siempre que, eso sí, cumpla con el principio de transparencia).

Otro de los supuestos en los que la litigiosidad se ha hecho patente, y se prevé que continúe aún durante varios años, es el de los créditos *revolving* (mayoritariamente operados a través de una tarjeta de crédito), respecto de los cuales la controversia se ha centrado principalmente en la posible usura de los intereses remuneratorios previstos, y de modo más subsidiario por la posible falta de transparencia.

El Tribunal Supremo en sus SSTS núm. 628/2015, de 25 de noviembre y núm. 149/2020, de 4 de marzo, ha pretendido cerrar la controversia argumentando la posible usura de intereses con base en la Ley Azcárate de 23 de julio de 1908, en comparación con los tipos de interés de productos financieros similares según estadísticas publicadas por el Banco de España (si bien cada sentencia como se verá atiende a índices de comparación distintos, más oportunos en el caso de la última resolución); pero dichos pronunciamientos judiciales son muy controvertidos y merecen crítica, especialmente por considerarse que introducen limitaciones de tipos de interés sin suficiente justificación, claridad ni concreción, creando así gran incertidumbre e inseguridad jurídica para los ciudadanos, juristas y tribunales de instancias inferiores que terminan por hacer cada uno su propia interpretación y comparativa a la hora de calificar como usurario ese crédito o tarjeta *revolving*.

Y en este caso el recurso a la vía del Tribunal de Justicia de la Unión Europea tampoco ha cerrado la controversia por ahora. Recientemente, el 7 de mayo de 2021, se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón un auto elevando al TJUE varias cuestiones prejudiciales, instándole a que aclare si la interpretación que hace el Tribunal Supremo en la aplicación de la Ley de Represión de la Usura de 23 de julio de 1908 sobre los créditos

de las tarjetas *revolving* se ajusta al Derecho de la Unión Europea e incluso si esa doctrina jurisprudencial controlando el precio de esos créditos vulnera el principio de seguridad jurídica del mercado financiero; a ver cómo resuelve el TJUE estas cuestiones. Anteriormente la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria planteó por Auto de 14 de septiembre de 2020 dos cuestiones prejudiciales (con contenido e intención en algunos aspectos similares a las planteadas por el citado Juzgado de Castellón) y que recibieron respuesta del TJUE mediante el Auto de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20, *caso Banco Santander*)¹: pero en este caso el TJUE simplemente se ha limitado a admitir (pues el ordenamiento comunitario no se opone a ello), que puede aplicarse en España la Ley de Represión de la Usura de 1908 y con ello poner limitaciones a los tipos de interés (concretamente a la tasa anual equivalente - TAE) para luchar contra la usura en los contratos de crédito al consumo celebrados con consumidores; ahora bien, también advierte de la necesidad de cumplir con las obligaciones de información.

Este último inciso y advertencia es el que precisamente pone el centro de atención en otra vía para impugnar los créditos *revolving*, que es la falta de transparencia por déficit de información al usuario. Una cuestión de la que apenas se ha hecho eco nuestro Alto Tribunal pues en el primer caso resuelto por la STS de 25 de noviembre de 2015 (como sucedía en la mayoría de litigios planteados) la demanda se planteó con la pretensión principal de nulidad de los intereses por usurarios y subsidiariamente se pedía la nulidad por falta de transparencia, y el Tribunal Supremo al resolver estimó ya la pretensión principal considerando los intereses usurarios, y no atendió ni realizó un examen ni control de transparencia del contrato ni de la cláusula de intereses; y en el segundo caso que determinó la otra sentencia de pleno que ha marcado doctrina hasta ahora (la STS de 4 de marzo de 2020, *caso Wizink*) el Tribunal centró su fundamentación y fallo resolutorio también en la calificación de la nulidad de los intereses por usurarios, pero es que la parte demandante ni siquiera había interesado la nulidad por falta de transparencia.

Sin embargo, sí que varios tribunales de instancias inferiores han valorado esa falta de transparencia para declarar la nulidad del contrato, una vez que han considerado que no cabe calificar a los intereses como usurarios, incluso contradiciendo la doctrina del Tribunal Supremo a ese respecto: valoración de la falta de transparencia derivada de omisión o déficit de información al usuario de la carga económica real asumida con estos contratos de crédito o tarjeta *revolving*, vinculada con la existencia de un claro anatocismo que aumenta más esa carga asumida por el usuario.

E incluso esta situación ha motivado la aprobación de una norma especial reguladora de estos créditos, la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, que, entre otras disposiciones, incluye la modificación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios, para incorporar en estas normas disposiciones específicas sobre publicidad, transparencia, información y evaluación de solvencia referidas concretamente al crédito *revolving*.

En este trabajo se analizará en qué consisten y cuáles son las notas características de esos créditos y tarjetas *revolving*, así como la controversia a ellos actualmente vinculada, fundamentalmente en cuanto al carácter usurario de los intereses previstos, partiendo del tenor literal de la Ley Azcárate de 1908 y la

doctrina jurisprudencial dictada sobre esta cuestión, principalmente las referidas SSTs de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020. Por último, se comentará brevemente la aplicación del control de transparencia en estos casos, así como esas nuevas disposiciones normativas que sobre información, publicidad y evaluación de solvencia entraron en vigor en enero de 2021.

II. EL CRÉDITO *REVOLVING*: CONCEPTO Y NOTAS CARACTERÍSTICAS

Los contratos de crédito *revolving* son productos de financiación con una concesión rápida y fácil en los que se pone a disposición del usuario una línea o tarjeta de crédito con cierto límite máximo ya fijado con la entidad bancaria y unas modalidades de pago o amortización concretas del importe dispuesto bajo distintas posibles modalidades, con la peculiaridad de que el importe devuelto se reincorpora a formar parte del capital total que la entidad pone a su disposición para nuevos futuros usos (de ahí su nombre como crédito renovable, rotativo, revolvente o *revolving*). Aunque no está especificado ni resulta relevante para su concesión el destino del importe que se disponga, lo cierto es que en la práctica son fundamentalmente créditos al consumo, lo son por importes medios y, además, para disponer de los importes se suele prever el uso de una tarjeta de crédito (tarjeta *revolving*).

Siguiendo a REYNER SERRÀ, «un crédito renovable o *revolving* es una operación por la que se pone a disposición del acreditado un límite que este puede disponer total o parcialmente para cualquier finalidad que considere oportuna. Puede materializarse a través de una tarjeta de crédito o no. A diferencia de los créditos para capital circulante a empresas, en el caso de las operaciones a particulares, puede establecerse también una cuota periódica cuyo montante se compone de una parte de gastos, en su caso (p. ej un seguro), intereses y por el resto, devolución del capital. Una distinción importante respecto al préstamo es que la parte de capital que se paga en cada cuota sirve para restablecer el límite utilizado de forma que el prestatario puede volver a utilizarlo cuando se le presenta cualquier necesidad concreta siempre dentro del límite previamente acordado y de la vigencia del contrato. No se requiere justificación documental de la necesidad/es que pueden ser diversas» (*sic*)².

Por su parte, TORRAS COLL señala: «Las denominadas tarjetas *revolving* (apertura de crédito, o tarjetas) son unos contratos en los que se dispone de un límite de crédito determinado, que puede devolverse a plazos, a través de cuotas periódicas. Estas pueden establecerse como un porcentaje de la deuda existente o como una cuota fija; cuotas periódicas que se pueden elegir y cambiar dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. El crédito personal *revolving* consiste en un contrato de crédito que le permite al prestatario hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta de crédito. Su peculiaridad estriba en que la deuda derivada del crédito se “*renueva*” mensualmente, disminuye con los abonos que se hacen a través del pago de las cuotas, pero aumenta mediante las peticiones de numerario o el uso de la tarjeta (pagos, reintegros en cajero), así como con los intereses, las comisiones y otros gastos generados, que se financian conjuntamente»³.

Por otro lado, el Banco de España, califica las tarjetas *revolving* como una modalidad de tarjeta de crédito con pago aplazado o flexible⁴.

Como notas que caracterizan a este tipo de créditos pueden destacarse las siguientes⁵:

— Es un crédito de concesión rápida y ágil, en el que no se exige intervención de notario ni apenas aportación previa por el usuario de documentación (al menos no tanta como en el caso de los préstamos ordinarios e hipotecarios), ni tampoco la prestación de garantías.

— Actúa como una línea de crédito:

a) La entidad financiera (tanto entidades bancarias como establecimientos financieros de crédito) pone a disposición del usuario un importe como límite máximo del que puede ir disponiendo total o parcialmente por distintas cantidades en cualquier momento, sin necesidad de justificación y para cualquier necesidad que le surja, permitiendo que de modo flexible y permanente pueda ir disponiendo de las cantidades no utilizadas hasta ese límite inicialmente pactado (incluyéndose habitualmente una cláusula por la que la entidad puede aumentar ese límite de crédito inicial).

b) El usuario deberá devolver los importes de los que ha dispuesto y se admite una devolución anticipada sin esperar a la fecha de vencimiento del crédito, previéndose distintas modalidades de pago, que normalmente consisten: o en un pago diferido anticipado usualmente a fin de mes de todas las cantidades dispuestas en ese mes; o bien, lo que suele ser más habitual, en el pago aplazado fijando una cuota fija al mes o un porcentaje de las cantidades dispuestas en el mes, lo que supondrá el pago de intereses (en ese pago aplazado el usuario deberá abonar la parte de capital dispuesto pero también los intereses previstos por ello; intereses que se pagan solo por las cantidades de las que el usuario ha dispuesto).

c) La principal característica radica en que esas cantidades pagadas por el usuario, sea por pago total diferido o por pago aplazado con una cuota al mes, vuelven, tras ese pago, a reintegrarse en el crédito (con su límite) puesto a disposición del usuario, de modo que el usuario va a poder volver a disponer, reutilizar, esas cantidades hasta la fecha de vencimiento del crédito y hasta ese límite fijado. Como señala el Banco de España, «es un crédito que se renueva de manera automática a su vencimiento mensual, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente, y sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. Adicionalmente, si se producen impagos, la deuda impagada se capitaliza nuevamente con devengo de intereses»⁶, lo que constituye un caso de anatocismo pues la parte de interés no pagado se capitaliza y sobre ese importe se vuelven a devengar intereses.

— No es relevante el destino que se le dé a las cantidades dispuestas: normalmente se consideran como créditos de consumo, pero realmente no se exige expresamente que se le dé un destino concreto (ni de consumo ni de otro tipo) a las disposiciones hechas ni siquiera que se concrete por el usuario qué destino se le va a dar para poder disponer de las cantidades que quiera: basta con que el usuario tenga aún crédito pendiente no dispuesto, sin sobrepasar el límite fijado.

— El importe máximo que suele fijarse y ponerse a disposición del usuario es medio-bajo (desde 600 euros a en torno a los 3.000-6.000 euros), si bien por su operativa puede ampliarse en algunos casos (en la práctica en algunos casos hasta los 25.000-30.000 euros)⁷.

— La duración del contrato suele ser corta (normalmente un año) pero también se prevén mecanismos de renovación fácil, por un nuevo plazo de vencimiento y con el mismo o distinto límite de crédito.

— Es muy habitual que como instrumento de la disposición de ese crédito se acompañe de una tarjeta a través de la cual el usuario pueda hacer esas dis-

posiciones, sea con pagos directos con la tarjeta o por disposiciones de efectivo en los cajeros automáticos.

— Se prevén unos tipos de interés más elevados que en los préstamos o créditos al consumo ordinarios, en principio justificados por el mayor riesgo que asumen las entidades financieras al proporcionar esa flexibilidad de crédito disponible al usuario característica de este producto, para que en cualquier momento y con la finalidad que quiera pueda hacer uso de las cantidades que necesite. Siguiendo a REYNER SERRA⁸, tal flexibilidad y facilidad de financiación para el usuario implica mayores exigencias de gestión financiera por la necesidad de gozar de mayor liquidez ante posibles demandas del usuario y paralelamente debe poder atender de inmediato los reintegros de cantidades que el usuario realice, sin previo aviso y sin contar con un cuadro o calendario de amortización como los existentes en los préstamos ordinarios; además, supone que las entidades deben contar con un nivel de solvencia alto, con fondos propios suficientes y proporcionales para hacer frente a los riesgos que se derivan de las cantidades ya dispuestas y también de las que potencialmente se puedan disponer, lo que implica la exigencia de contar con recursos propios adicionales; por otro lado, en este tipo de contratos no se suele exigir la prestación de garantías reales ni personales adicionales, contando únicamente con la responsabilidad del usuario, lo que supone un mayor riesgo de desprotección ante la eventual morosidad del deudor que en los casos de créditos o préstamos que sí contasen con garantías adicionales.

Precisamente el problema en estos casos se ha planteado fundamentalmente por los altos tipos de interés remuneratorios previstos en estos contratos, lo que ha ocasionado una gran litigiosidad en esta materia, tratando de poner de manifiesto la «abusividad» o usura de tales intereses y de los contratos de crédito.

III. LA LEY DE REPRESIÓN DE LA USURA DE 1908

Las previsiones de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios (también conocida como Ley Azcárate o Ley de Represión de la Usura, en adelante LRU) han vuelto a la palestra jurídica y judicial en el marco de los créditos *revolving*, pues, además de haber sido el fundamento principal de la mayoría de las demandas presentadas contra estos productos, la argumentación jurídica de las dos sentencias del Pleno del Tribunal Supremo que han resuelto sobre esta materia hasta el momento (las SSTs de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020) se han centrado en dicha ley para calificar los créditos *revolving* como usurarios. Ahora bien, la aplicación efectiva que de esta norma de hace más de un siglo ha hecho el Tribunal Supremo a una situación y producto tan actuales ha recibido muchas críticas y ha originado gran incertidumbre e inseguridad jurídica.

Antes de abordar el análisis de esas sentencias de nuestro Alto Tribunal y la controversia suscitada en torno a los créditos *revolving* resulta preciso concretar el contenido de esta Ley de 1908 de cara a la calificación como usurario de los créditos o préstamos a los que se les aplica.

En primer lugar, como punto de partida para entender toda esta controversia resulta esencial atender a lo indicado en el párrafo primero del artículo 1 LRU: «Será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo

motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Del tenor literal del artículo 1 LRU se viene deduciendo la existencia de dos elementos necesarios para considerar un contrato usurario: a) uno objetivo que reside en ese inciso que señala «se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»; y b) otro subjetivo que se acogería en el último inciso por centrarse en el consentimiento emitido por el prestatario bajo tres posibles circunstancias que lo viciarían de algún modo, al indicar «habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales» (elemento subjetivo que se centra en un reproche moral a esas prácticas).

La exigencia de concurrencia cumulativa de ambos elementos para considerar un préstamo usurario parecía que se había consolidado entre los tribunales al menos hasta 2014; así lo defienden, entre otras, las SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre⁹: «[...] la noción de usura, estrictamente vinculada etimológicamente al ámbito de los intereses, se proyecta sobre la lesión patrimonial infligida, esto es, sobre los intereses remuneratorios y de demora; STS de 7 de mayo de 2012. De forma que el control establecido debe interpretarse de un modo objetivable a través de las notas del “interés notablemente superior al normal del dinero” (ya respecto al interés remuneratorio, o al de demora y, en su caso, al nivel de los dos) y de su carácter de “manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, para extenderse a continuación, al plano valorativo de la situación o relación negocial llevada a cabo en donde, también de un modo objetivable, se analizan las circunstancias previstas por la norma: situación angustiosa del prestatario, inexperiencia del mismo y limitación de sus facultades mentales» (STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre); «el control que se establece a través de la ley de represión de la usura no viene a alterar ni el principio de libertad de precios, ni tampoco la configuración tradicional de los contratos, pues dicho control, como expresión o plasmación de los controles generales o límites del artículo 1255, se particulariza como sanción a un abuso inmoral, especialmente grave o reprochable, que explota una determinada situación subjetiva de la contratación, los denominados préstamos usurarios o leoninos» y «aunque la ley de usura importa o interesa al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada a la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación que podemos considerar anómalas y que se definen restrictivamente como contratos usurarios o leoninos, sin más finalidad de abstracción o generalidad» (STS núm. 406/2012, de 18 de junio).

Por tanto, a través de estas resoluciones se destaca ese elemento subjetivo de reproche o tacha de inmoralidad como algo consustancial al control que con la Ley de 1908 y la usura se pretende hacer del tipo de interés de los préstamos o créditos, como límite a la libertad de pacto y de autonomía de la voluntad prevista en el artículo 1255 del Código civil (que prevé como límites a esa autonomía: la ley, la moral y el orden público).

Pero precisamente la STS de 25 de noviembre de 2015 viene a prescindir, sin fundamento claro alguno, del elemento subjetivo en el control y apreciación de la usura y, como se analizará con mayor detalle *ut infra* en este trabajo, entiende que con que concurra el elemento objetivo de interés notablemente superior al normal del dinero y desproporcionado a las circunstancias del caso puede considerarse usurario ese contrato y ese interés. Apreciación que ha sido objeto de

numerosas críticas por parte de ciertos autores que consideran que, como ya se señalaba en las referidas SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, el elemento subjetivo debe concurrir para apreciar usura pues de lo contrario se desnaturalizaría la institución¹⁰.

Sin perjuicio de esto, lo cierto es que esta Ley de 1908 en este artículo 1 aborda la definición de la usura de una forma muy amplia. Aunque en este precepto se hable solo de «préstamo» debe señalarse que en el artículo 9 LRU se advierte que «lo dispuesto por esta ley se aplicará a toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo de dinero, cualesquiera que sea la forma que revista el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido». Esta amplitud de definición y objeto, esa flexibilidad de esta regulación, ha permitido que se haya ido adaptando su aplicación a circunstancias existentes más de un siglo después. Pero también supone la exigencia de completar ciertos conceptos o expresiones indeterminadas: ¿qué se puede entender como «interés notablemente superior al normal del dinero»? ¿cuál es el «interés normal»? ¿y en qué punto se considera que es «notablemente superior»?; por otro lado, ¿cuándo un interés es «manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso»?

Como ya advierte el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de marzo de 2020, en algunos países de nuestro entorno el propio legislador ha fijado porcentajes o parámetros concretos para determinar a partir de qué tipo de interés debe considerarse que una operación de crédito tiene carácter usurario¹¹, sin embargo, en España la regulación de la usura se contiene en una ley que ha superado un siglo de vigencia y que utiliza conceptos claramente indeterminados como son los de «interés notablemente superior al normal del dinero» y «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso».

Esta indeterminación obliga a los tribunales a realizar una labor de ponderación y valoración en la que, una vez fijado el índice de referencia con el que ha de realizarse la comparación, han de tomarse en consideración diversos elementos. Esa ponderación y la respuesta a esas preguntas que se acaban de resaltar deberían concretarse caso por caso, en atención a las circunstancias concurrentes. Pero esta indeterminación sin una guía o referencia clara y objetiva a seguir puede llevar, como así ha ocurrido, a resoluciones judiciales que chocan entre sí por fallar de forma distinta en asuntos con tipos de interés similares.

En otros supuestos el Tribunal Supremo ha marcado unos criterios claros: así, con los intereses de demora en préstamos personales o hipotecarios el Tribunal Supremo ha venido manteniendo el criterio de que se considerarán abusivos los intereses de demora que excedan de dos puntos porcentuales sobre el interés remuneratorio pactado; cierto es que después el legislador con la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, de modo sorprendente, se aparta de esta doctrina del Tribunal Supremo y de otros criterios normativos que acogían esa doctrina, para prever (sin una justificación clara) en su artículo 25 un criterio fijo e imperativo para los contratos de préstamo hipotecario sobre bienes inmuebles de uso residencial respecto a los que se advierte que el interés de demora será «el interés remuneratorio pactado más tres puntos porcentuales».

Pero en el caso de los intereses en créditos *revolving*, el Tribunal Supremo, como se analizará posteriormente, no ha tenido éxito de cara a sentar criterios claros que permitan a tribunales inferiores tener una referencia al respecto, provocando, por el contrario, incertidumbre, inseguridad y, por ello, resoluciones contradictorias entre la llamada jurisprudencia menor, así como numerosas críticas doctrinales.

Antes de abordar la doctrina del Tribunal Supremo contenida en las SSTs de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020 (ambas de Pleno y del mismo ponente, el excmo. magistrado Sr. D. Rafael SARAIZA JIMENA), cabe mencionar también lo indicado en el artículo 3 LRU sobre las consecuencias de la declaración de usura: «Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado». Ahora bien, cabe advertir que en esas citadas sentencias, que son el principal objeto de análisis en este trabajo, realmente no se concretan exactamente los efectos de esa nulidad del crédito *revolving* por usurario, en cuanto a cantidades a restituir en los concretos casos objeto del litigio.

IV. DOCTRINA JURISPRUDENCIAL SOBRE NULIDAD DEL CRÉDITO *REVOLVING* POR USURARIO

1. LA STS DE 25 DE NOVIEMBRE DE 2015 (CASO SYGMA)

A) *Hechos y fallo*

El Tribunal Supremo en esta sentencia resuelve sobre un contrato de préstamo personal *revolving* concedido por el Banco Sygma Hispania consistente en un contrato de crédito que le permitía al prestatario hacer disposiciones mediante llamadas telefónicas o mediante el uso de una tarjeta expedida por Banco Sygma, hasta un límite de 500 000 pesetas (3005,06 euros), límite que podía ser modificado por el Banco, tal y como se preveía ya en el contrato. El tipo de interés remuneratorio fijado en el contrato era del 24,6% TAE, y el interés de demora, el resultante de incrementar el interés remuneratorio en 4,5 puntos porcentuales.

El prestatario realizó una disposición inicial de 1803,04 euros y después fue haciendo diversas disposiciones a lo largo de varios años llegando a un saldo deudor muy superior al límite inicial. Mensualmente se le realizaba el cargo de una cuota, cuya cuantía se fue incrementando paulatinamente a medida que el importe de lo dispuesto aumentaba. También se le hacían cargos periódicos por intereses y «prima de seguro», así como comisiones de disposición de efectivo por cajero y emisión y mantenimiento de tarjeta. En el año 2009 comenzó a devolver impagadas las cuotas mensuales que le fueron giradas, lo que motivó el devengo de comisiones por impago e intereses de demora.

Finalmente, en 2011 el Banco Sygma demandó al prestatario reclamándole 12269,40 euros, que comprendía, además del saldo de la cuenta de crédito, los intereses de demora devengados desde el cierre de la cuenta de crédito.

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial negaron el carácter usurario de esta operación crediticia porque los intereses remuneratorios apenas superaban el doble del interés medio ordinario de las operaciones de crédito al consumo existente en el momento de la celebración del contrato; y no consideraron abusivos los intereses de demora por no ser un incremento excesivo con respecto a los intereses remuneratorios previstos en el contrato. El prestatario consumidor interpuso recurso de casación instando, por un lado, la declaración del crédito como usurario por el tipo de interés remuneratorio previsto, y, por otro lado, la declaración de los intereses de demora como abusivos.

El Tribunal Supremo resolvió este litigio estimando esa pretensión del recurrente en relación con el carácter usurario de la operación de crédito *revolving* suscrita, declarando por ello su nulidad radical, absoluta y originaria, y, en consecuencia, con base en el artículo 3 LRU, advierte que el prestatario solo deberá abonar la suma recibida; y como el prestatario había abonado más cantidad de la que recibió, la demanda se desestima, sin que pueda atenderse al segundo inciso de ese artículo 3 LRU (de cara a la devolución al prestatario de lo pagado de más) por cuanto no se formuló reconvencción.

En cuanto al segundo motivo de recurso, relativo a los intereses de demora, el Tribunal no entra a resolver por cuanto al haber pagado el prestatario de más no procedía el devengo de tales intereses, aunque ya advierte que es una cuestión resuelta por el Tribunal Supremo (SSTS núm. 265/2015, de 22 de abril y núm. 469/2015, de 8 de septiembre, según cita esta resolución ahora comentada, aunque a este respecto deberá atenderse a jurisprudencia posterior como las SSTS núm. 705/2015, de 23 de diciembre, núm. 79/2016, de 18 de febrero, núm. 364/2016, de 3 de junio y núm. 671/2018, de 28 de noviembre)¹².

B) Argumentos y fundamentos jurídicos: análisis crítico

El Pleno de la Sala Civil del Tribunal Supremo en primer lugar parte de que tratándose de intereses remuneratorios no puede atenderse a la normativa de protección de consumidores y al control de abusividad, pues se refieren a un elemento esencial del contrato (el precio), siempre que la cláusula sea transparente en cuanto permita asegurar que el consumidor usuario de este crédito haya prestado su consentimiento con pleno conocimiento de la efectiva carga onerosa (control de transparencia que, sin embargo, el Tribunal Supremo no realiza, pudiendo haberlo hecho de oficio y que, en mi opinión, hubiera sido muy oportuno, más que la vía seguida del control de usura con base en una argumentación criticable como se señalará a continuación).

Ante esta situación el Tribunal Supremo en esta sentencia (al igual que en las SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 113/2013, de 22 de febrero, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre) sí que advierte que la Ley de Represión de la Usura constituye un límite a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código civil en relación con cualquier operación de crédito y específicamente atendiendo a los intereses remuneratorios (su precio). Pero en la aplicación de esta norma y su artículo 1 considera que no es necesaria la concurrencia simultánea de los dos elementos objetivo y subjetivo antes indicados, considerando que es suficiente con que se cumplan los requisitos del primer inciso del artículo 1, párrafo primero, y que sea «un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», no siendo necesario que además el consentimiento del usuario deudor haya sido prestado «a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales».

Como se indicó *ut supra*, son muchos los autores¹³ que han criticado tal postura advirtiendo que el elemento subjetivo es esencial para apreciar la usura, pues es inherente a su naturaleza y finalidad, desnaturalizando la figura y descontextualizando la propia aplicación de la Ley de 1908, afirmando, además, que con ello se está contradiciendo la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo recogida en las SSTS núm. 406/2012, de 18 de junio y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, a la que antes he hecho referencia. Y es que ese elemento subjetivo

acoge el reproche moral a las prácticas que imponen intereses desproporcionados en atención a las circunstancias del sujeto, siendo la moral uno de los límites al principio de autonomía de la voluntad previsto en el artículo 1255 del Código civil.

Y nuestro Alto Tribunal alude a estas sentencias y doctrina, sí, pero lo hace justificando la asunción de esa postura de no exigir la concurrencia de ambos elementos (objetivo y subjetivo) de la siguiente forma: «Cuando en las Sentencias núm. 406/2012, de 18 de junio, y 677/2014 de 2 de diciembre, exponíamos los criterios de “unidad” y “sistematización” que debían informar la aplicación de la Ley de Represión de la Usura, nos referíamos a que la ineficacia a que daba lugar el carácter usurario del préstamo tenía el mismo alcance y naturaleza en cualquiera de los supuestos en que el préstamo puede ser calificado de usurario, que se proyecta unitariamente sobre la validez misma del contrato celebrado. Pero no se retornaba a una jurisprudencia dejada atrás hace más de setenta años, que exigía, para que el préstamo pudiera ser considerado usurario, la concurrencia de todos los requisitos objetivos y subjetivos previstos en el párrafo primero del artículo 1 de la Ley»; así pues, no entiende que haya ninguna contradicción, sino quizás, según parece decir, ahora hay una mera matización o reajuste de lo expresado en esas anteriores resoluciones de 2012 y 2014.

En todo caso, al margen de si contradice o no realmente doctrina jurisprudencial anterior, lo relevante de esta sentencia que se comenta radica en los argumentos para apreciar el cumplimiento de esos requisitos previstos en la Ley de 1908. Aparte de, como se ha indicado, no tomar en consideración sin fundamento alguno el elemento subjetivo recogido en el artículo 1 LRU, centrándose en el elemento objetivo y sus dos requisitos, el Tribunal Supremo considera que el interés previsto es notablemente superior al normal del dinero tomando como términos de comparación la tasa anual equivalente (TAE) del producto objeto del litigio (la TAE y no el interés nominal o TIN, en atención a lo previsto en el artículo 315, párrafo segundo, CCom: «se reputará interés toda prestación pactada a favor del acreedor») y el «normal del dinero», considerando como tal, no el interés legal, sino el interés «normal o habitual, en concurrencia con las circunstancias del caso y la libertad existente en esta materia» (STS núm. 869/2001, de 2 de octubre).

Pero como ya se indicó anteriormente, la cuestión radica en concretar qué es lo «normal o habitual». Y ante esto el Tribunal Supremo, aunque no lo señala como la vía única y exclusiva a tal efecto, acude a las estadísticas que el Banco de España publica tomando como base la información que mensualmente tienen que facilitarle las entidades de crédito sobre los tipos de interés que aplican a diversas modalidades de operaciones activas y pasivas (créditos y préstamos personales hasta un año y hasta tres años, hipotecarios a más de tres años, cuentas corrientes, cuentas de ahorro, cesiones temporales, etc.)¹⁴.

En el contrato objeto de este litigio se estipulaba un interés del 24,6% TAE. A diferencia de la Audiencia Provincial que dictó la resolución recurrida y que no lo consideró excesivo pues apenas superaba el doble del interés medio ordinario en las operaciones de crédito al consumo de la época en que se concertó el contrato, el Tribunal Supremo, sin embargo, entiende que «la cuestión no es tanto si es o no excesivo, como si es “notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso”, y esta Sala considera que una diferencia de esa envergadura entre el TAE fijado en la operación y el interés medio de los préstamos al consumo en la fecha en que fue concertado permite considerar el interés estipulado como “notablemente superior al normal del dinero”».

Al margen de no comprender el sentido que pretende darse a las diferencias semánticas entre «excesivo» y «notablemente superior» para este caso, lo que se evidencia es la necesidad de tener algún criterio claro que concrete ese concepto indeterminado de «notablemente superior», así como qué es el «interés normal». El Tribunal Supremo lo intenta concretar pero el problema es que en los términos de la comparación a la hora de señalar qué es lo «normal» acude a unas estadísticas del Banco de España referidas a los préstamos de consumo en general; pero por las propias características del crédito *revolving* señaladas *ut supra*, este producto no es un préstamo al consumo ordinario, siendo más propia la comparativa con productos semejantes a las tarjetas de crédito; el problema es que estos productos no aparecían reflejados de modo autónomo en las referidas estadísticas en el momento de dictarse esta sentencia, a diferencia de las estadísticas que ya sí a partir de marzo de 2017 se fueron publicando en virtud de la Circular 1/2010, de 27 de enero del Banco de España, en las que se reconoce la autonomía diferenciadora de las tarjetas de crédito y de estos productos *revolving* en relación a los préstamos al consumo ordinarios. Ahora bien, aunque en su momento no estuvieran publicadas esas estadísticas, también podrían acudir a otras herramientas, informaciones, datos estadísticos o informes con los que el concreto juzgador pudiera conocer efectivamente los tipos de interés que se estaban aplicando en el mercado para esas determinadas operaciones *revolving*¹⁵.

Es precisamente este error en la comparativa hecha por el Tribunal Supremo la principal crítica que se le ha hecho por la doctrina y que motivó también que diversas resoluciones posteriores de tribunales inferiores no siguieran ese criterio¹⁶.

Pero también es criticable, y así se hizo por diversos autores, el que el Tribunal Supremo atendiera a la TAE para hacer esa comparación y no al tipo de interés nominal (TIN) de intereses remuneratorios fijados en el contrato, en contra de jurisprudencia previa¹⁷. Si se atiende a la definición que de la Tasa Anual Equivalente da el Banco de España en su web, esta tasa acoge más conceptos que la mera retribución por la concesión del crédito y su disposición, que es a lo que haría referencia lo que se denomina como «tipo de interés». Según el Banco de España este «tipo de interés» (lo que se conoce como TIN) será el precio del dinero, pudiendo definirse «como la suma que se paga por obtener en préstamo una cantidad de dinero (o que se recibe por prestarlo), expresada como porcentaje de esa cantidad»¹⁸. Mientras que la TAE según el Banco de España es el tipo de interés que indica el coste o rendimiento efectivo de un producto financiero y se calcula teniendo en cuenta el tipo de interés nominal de la operación, la frecuencia de los pagos (mensuales, trimestrales, etc.), las comisiones bancarias y algunos gastos de la operación¹⁹. Por su parte, la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en similares términos que anteriormente la Ley de crédito al consumo de 23 de marzo de 1995), en su artículo 6 señala que el «tipo deudor» (que será el TIN) es «el tipo de interés expresado como porcentaje fijo o variable aplicado con carácter anual al importe del crédito utilizado», mientras que la TAE es el coste total del crédito para el consumidor, expresado como porcentaje anual del importe total del crédito concedido, e incluyendo en tal coste total todos los gastos, incluidos los intereses, las comisiones, los impuestos y cualquier otro tipo de gastos que el consumidor deba pagar en relación con el contrato de crédito y que sean conocidos por el prestamista. Por lo tanto, la TAE acoge los intereses remuneratorios y más conceptos; la TAE va más allá del precio del contrato y siempre es superior al TIN; es el interés remuneratorio concreto previsto en el contrato lo que se debe considerar como precio de ese contrato, pues es la retribución por la concesión del crédito y puesta a disposición del dinero.

Por otro lado, junto con ese requisito de «notablemente superior al interés normal del dinero» debe concurrir según el Tribunal Supremo también, al menos, el requisito de que sea «manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso»: y sobre ello el Tribunal Supremo simplemente advierte que el Banco Sygma no acreditó que hubiera circunstancias excepcionales que justificaran la imposición de ese tipo de interés notablemente superior al normal de las operaciones de consumo; y no concurriendo circunstancias que jurídicamente puedan entender justificado ese interés tan notablemente elevado, considera que concurren los requisitos para entender usurario el crédito *revolving* objeto del litigio. Ahora bien, el propio Tribunal viene a reconocer que el mayor riesgo asumido con una operación financiera y la inexistencia de garantías adicionales para el producto concertado pueden considerarse circunstancias excepcionales, del mismo modo que un alto índice de impagos en los productos de consumo calificados como de financiación rápida (celebrados y concedidos de modo ágil y sin comprobar oportunamente la solvencia y capacidad de pago del cliente), pero anuda esas circunstancias con las prácticas irresponsables de concesión de crédito a consumo, que critica claramente y que, advierte, no pueden ser protegidas por el Derecho pues generan el sobreendeudamiento de los consumidores y suponen que aquellos que sí cumplen regularmente sus obligaciones tengan que cargar con las consecuencias del elevado nivel de impagos.

Esta doctrina ha sido aplicada posteriormente por muchas resoluciones, como la SAP de Madrid (sec. 18.^a) núm. 190/2018, de 21 de mayo y la SAP de Cantabria (sec. 2.^a) núm. 402/2019, de 9 de julio, que precisamente al ser recurrida motivó la STS de 4 de marzo de 2020 que se analizará a continuación.

2. LA STS DE 4 DE MARZO DE 2020 (CASO WIZINK)

A) *Hechos y fallo*

En este caso el objeto de la controversia era un contrato de tarjeta de crédito *revolving* en el que se fijaba un tipo de interés inicial de 26,82% TAE (24% TIN) para pagos aplazados y disposiciones a crédito (si bien, en el momento de presentarse la demanda el TAE era del 27,24%). La demandante interesaba la declaración de nulidad del contrato por tratarse de intereses usurarios conforme a los artículos 1, 3 y 9 LRU, y sin embargo el demandado Banco Wizink alegó que esos intereses remuneratorios pactados (*sic*) en la modalidad de pago aplazado no podían ser considerados usurarios puesto que no eran notablemente superiores al tipo de interés habitual en el mercado de tarjetas de crédito *revolving*, según los tipos de interés publicados por el Banco de España para dicho tipo de créditos.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Santander estimó la demanda por aplicación directa de la doctrina establecida en la STS de 25 de noviembre de 2015 anteriormente comentada. Consideró que atendiendo al interés medio de los préstamos y créditos a hogares, en concreto referido a tarjetas de crédito en el año 2018, que era de «algo más del 20%», conforme se desprende de los datos publicados por el Banco de España («Préstamos y créditos a hogares e ISFLSH»), permite considerarlo como «notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso», al no haber justificado la entidad financiera que concedió el crédito la concurrencia de circunstancias excepcionales que expliquen la estipulación de un interés notablemente superior al normal en las operaciones de crédito al consumo, sin

que considere el Juzgado que se justifique ese interés anormalmente alto por el riesgo de la operación.

La Audiencia Provincial de Cantabria, por su parte, desestimó el recurso presentado por el Banco Wizink atendiendo a esa misma doctrina de la STS de 25 de noviembre de 2015, si bien considera que el parámetro a tener en cuenta como referencia comparativa es el interés en las operaciones de crédito al consumo y no las de tarjetas de crédito, aunque se cuente con estadísticas del Banco de España sobre ellas, pues ello «no afecta a la propia consideración estadística de la tarjeta de crédito como un crédito al consumo».

Recurrida esta última sentencia por el Banco Wizink insistiendo en que los términos de comparación de cara a calificar un crédito como usurario deben ajustarse al segmento del mercado que concretamente se trate y que las tarjetas de pago aplazado y *revolving* tienen autonomía y sustantividad propia dentro del crédito al consumo en general, el Tribunal Supremo desestimó el recurso con base en los argumentos que se analizan a continuación.

B) Argumentos y fundamentos jurídicos: análisis crítico

En este caso el Tribunal Supremo expresamente alude a la posibilidad de que, siendo la demandante consumidora, pudieran aplicarse los controles de incorporación y transparencia a ese contrato y la cláusula del interés remuneratorio; ahora bien, no lo realiza el Tribunal por cuanto la demandante tan solo ejercitó la acción de nulidad por el carácter usurario del contrato, no por su falta de transparencia. Por ello, el Tribunal Supremo, al igual que sus dos instancias inferiores que resolvieron anteriormente sobre ello, se centra en el análisis de la concurrencia efectiva o no de usura en esta operación financiera.

El Tribunal Supremo en este caso, en primer lugar, expone en detalle la doctrina recogida en la STS de 25 de noviembre de 2015. Advierte que no era discutido en ese caso los términos de comparación pues ya en instancia se concretó en el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo (entre las que puede encuadrarse el crédito mediante tarjetas *revolving*) y no se planteó controversia al respecto en el recurso de casación. Y cabe apuntar, además, que el Banco de España no publicaba en aquel entonces el dato correspondiente al tipo medio de los intereses de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito o *revolving*, sino el más genérico de operaciones de crédito al consumo, lo que, según señala el Tribunal Supremo en esta STS de 4 de marzo de 2020, puede explicar que en el litigio se partiera de la premisa de que el índice adecuado para realizar la comparación era el tipo medio de las operaciones de crédito al consumo publicado por el Banco de España.

Dicho esto, advertida la circunstancia de que ya sí que el Banco de España publica en sus estadísticas en un apartado distinto los tipos de interés de las tarjetas de crédito y *revolving*, apartándolas del cálculo del tipo medio ponderado de las operaciones de crédito al consumo (en las que ya no se tiene en cuenta el tipo medio de esas tarjetas), ahora el Tribunal Supremo considera que para determinar la referencia que ha de utilizarse como «interés normal del dinero» de cara a la comparación con el interés cuestionado en el litigio y valorar si este es usurario, debe utilizarse el tipo medio de interés existente en el momento de celebración del contrato correspondiente a la categoría a la que corresponda la operación crediticia cuestionada; si existen categorías más específicas dentro de otras más amplias (como sucede actualmente con la de tarjetas de crédito y *revol-*

ving, dentro de la categoría más amplia de operaciones de crédito al consumo), entonces deberá utilizarse esa categoría más específica, con la que la operación crediticia cuestionada presenta más coincidencias (duración del crédito, importe, finalidad, medios a través de los cuáles el deudor puede disponer del crédito, garantías, facilidad de reclamación en caso de impago, etc.), pues esos rasgos comunes, señala el Tribunal Supremo, son determinantes del precio del crédito, que erróneamente de nuevo el Tribunal lo representa bajo la TAE.

El Tribunal Supremo defiende acudir a esas estadísticas oficiales del Banco de España porque son elaboradas con base en los datos que le son suministrados por las entidades sometidas a su supervisión y atendiendo a esos datos se evita que ese «interés normal del dinero» resulte fijado por la actuación de operadores fuera del control del Banco de España (como supervisor) que apliquen unos intereses claramente desorbitados.

En consecuencia, dado que en este caso sí que se discutía cuál era el interés de referencia a tener en cuenta en esa valoración de qué es «el interés normal del dinero», ahora señala el Tribunal Supremo que efectivamente el índice que debió ser tomado como referencia era el tipo medio aplicado a las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y *revolving* publicado en las estadísticas oficiales del Banco de España, con las que más específicamente comparte características ese crédito objeto del litigio. Y este tipo medio lo concreta el Tribunal Supremo en este caso en algo superior al 20 %, que ya se fijó por el Juzgado de Primera Instancia, sin que se hubiera alegado ni justificado que al tiempo de celebrarse el contrato objeto de la demanda el tipo de interés medio fuera superior al que se tuvo en cuenta en esa instancia.

Pero, como puede observarse, vuelve a incurrir en el error que ya cometió en la STS de 25 de noviembre de 2015 de atender a la TAE del contrato y no al interés remuneratorio (TIN) fijado en el contrato. Como se indicó *ut supra* al comentar la STS de 25 de noviembre de 2015, la TAE no acoge solo la remuneración por la concesión del crédito (que sería el interés nominal y el precio del contrato), sino que en la TAE se incluyen también las comisiones y otros gastos que deba soportar el prestatario.

Sin embargo, el problema no solo es ese: el mayor problema reside en que el Tribunal Supremo ha tomado como referencia comparativa con las estadísticas del Banco de España la TAE prevista en el contrato cuando en esas estadísticas los promedios no se calculan con base en la TAE sino en el TEDR (tipo efectivo de definición restringida), que equivale a la TAE pero sin incluir comisiones. Este TEDR se ajustaría más en la comparación que debe hacerse, de cara a apreciar la usura, con el TIN del contrato; al menos son importes más similares. Pero si se acoge la TAE del contrato (que siempre es superior al TIN) y se compara con el TEDR medio establecido en las estadísticas del Banco de España, pues se están comparando elementos que no son equivalentes ni homogéneos y, por ello, el resultado no es real, sino sesgado²⁰. En el caso previsto en esta STS de 4 de marzo de 2020 la TAE del contrato era el 26,82%, el TIN de contrato un 24% y el tipo medio TEDR de las estadísticas del Banco de España un 20,64%: el resultado de comparar la TAE del contrato con el TEDR medio no es en modo alguno el mismo que si se compara el TIN del contrato con el TEDR medio. Si se hubiera hecho la comparación entre términos equivalentes TIN y TEDR, siendo el resultado de solo 3,36% superior el del contrato ¿se hubiera calificado también como usurario? Probablemente el Tribunal Supremo, ante la ambigua fundamentación que hace en su sentencia, también lo hubiera declarado, pero realmente cabe dudar de que pueda calificarse como usurario, atendidas a las

características diferenciales de estos contratos con respecto a otros productos financieros²¹.

Puesto de manifiesto este error, que como comentario provoca un resultado irreal entre los elementos que se comparan, pues son elementos heterogéneos, continuando con el análisis de esta STS de 4 de marzo de 2020, una vez fijado el índice de referencia de esta forma en algo superior al 20% anual, el Tribunal Supremo advierte que ya este porcentaje es alto, por lo que, afirma, «menos margen hay para incrementar el precio de la operación sin incurrir en usura». Pero tal afirmación no tiene sentido: se está hablando de un índice de referencia tomado como una media de tipos aplicados o previstos en distintas operaciones crediticias de tarjetas de crédito, por lo que sea alto o no el tipo medio (en este caso «en torno» al 20%) la usura y el requisito de ser «notablemente superior» se cumple atendiendo a ese 20%, por lo que no hay ni menos ni más margen; da igual si le parece alto o no ese tipo medio: es lo que existe en el mercado, y lo que debe valorarse es si seis o siete puntos (no es muy claro el caso) por encima de ese tipo medio es o no usura; lo que es preciso es concretar porqué un índice de seis o siete puntos superior a ese tipo medio debe considerarse usurario y no debiera fijarse la usura a partir de los ocho puntos, por ejemplo; y es que hay que tener en cuenta que para lograr esa media algunos de los productos que se toman en cuenta en la estadística del Banco de España habrán sido sin duda superiores a ese 20%. O incluso, cabe plantearse si también se consideraría usurario cuando el interés sea solo superior en uno, dos o tres puntos sobre ese 20%, porque, como dice el Tribunal Supremo en esta sentencia, ya ese tipo medio es alto y el margen para apreciar usura entonces es pequeño; pero ¿cuál es ese margen? ¿cuándo sería usura y cuándo no? ¿hasta dónde puede preverse un interés sin ser usurario?

No quiero decir con esto que sea irrazonable esa apreciación de «notablemente superior al interés normal» un índice de seis o siete puntos por encima, como era el caso; lo que vengo a señalar es que el Tribunal Supremo no lo ha justificado suficientemente y deja la puerta abierta a la indeterminación y a la inseguridad jurídica, y con ello también a la discrecionalidad de cada Juzgado para apreciar la usura en cada caso que se le plantee, sin un criterio claro. Lo único que se ha plasmado es simplemente una apreciación del Tribunal Supremo de que esa «diferencia tan apreciable como la que concurre en este caso entre el índice tomado como referencia en calidad de “interés normal del dinero” y el tipo de interés fijado en el contrato, ha de considerarse como “notablemente superior” a ese tipo utilizado como índice de referencia, a los efectos que aquí son relevantes»; pero no establece un criterio claro, objetivo o preciso que permita concretar cuándo puede afirmarse y declararse judicialmente que hay usura. Ese 20% al que alude en su fundamentación ni siquiera lo fija como límite a la usura; no, porque tampoco encontraría justificación ni apoyo en la Ley de 1908 pues ese 20% solo es una referencia por ser el tipo (medio) normal del dinero en este caso. ¿Está determinando entonces que la usura debe considerarse ya cuando el tipo de interés del producto litigioso sea seis puntos superior al tipo medio correspondiente a cada momento, y además atendiendo al TAE (que como se ha comentado antes no es un elemento oportuno en el marco de esa comparación)? Es decir, ¿esos seis o siete puntos completan así esa indeterminación que la Ley de 1908 contemplaba en la expresión «notablemente superior»? ¿O si fueran solo dos puntos superior también cabría considerarlo usurario, bajo la argumentación del tipo medio alto y el pequeño margen existente que señala esta STS de 4 de marzo de 2020 como he comentado antes? ¿O cuál es el margen aceptable?

Incluso habrá quienes lleguen a interpretar esta doctrina del Tribunal Supremo como que fija como límite de referencia para la usura el 26,82% TAE (que es el que aparecía en el contrato litigioso en esta sentencia de 4 de marzo de 2020), de modo que si el tipo de interés previsto en un crédito *revolving* es inferior ya no puede considerarse usurario (esta consideración como límite de referencia en ese concreto porcentaje es precisamente alegada por la entidad demandada en el asunto judicial planteado en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón que ha motivado la presentación de cuestión prejudicial ante el TJUE el pasado 7 de mayo de 2021).

En definitiva, como puede observarse, son muchos los interrogantes que plantea como para poder considerar esta doctrina como definitiva y clara de cara a ganar seguridad jurídica y pronunciamientos uniformes sobre estos asuntos: no hay criterios claros ni objetivos ni precisos a este respecto, sino una amplia ambigüedad, que lleva a que cada tribunal decida a su arbitrio o discrecionalidad si el tipo de interés en el crédito *revolving* que se le somete a enjuiciamiento es usurario o no, según el tipo medio del mercado y atendiendo al margen que, dentro de lo elevado de ese tipo medio, cada tribunal considere que puede ser permisible (¿uno, dos, tres, cinco, diez puntos porcentuales...?).

Pero es que, además, concurren errores de construcción doctrinal en lo que se refiere a los términos de comparación para concretar la notable superación del interés normal o medio del mercado. Y esto determina que de seguirse tal doctrina se den resultados sesgados con la realidad, considerando intereses superiores al tipo medio cuando realmente (si atendemos al TIN) no lo son.

Por otro lado, no hay que olvidar que hay que tener en cuenta también que la usura, conforme a la Ley de 1908, no se mide o aprecia solo por sobrepasarse «notablemente» el interés medio de esas operaciones de crédito: también es importante atender al requisito de la desproporción manifiesta atendidas las circunstancias del caso (art. 1 LRU).

El Tribunal Supremo en esta sentencia no analiza concretamente este requisito y su concurrencia en el caso objeto del litigio, sino que atiende a circunstancias generales relativas a los créditos o tarjetas *revolving* que le llevan a reafirmar su decisión de calificar como usurarios esos intereses previstos en el contrato. Esas circunstancias son: a) el tipo de destinatarios a los que, según el Tribunal Supremo suele ir dirigidos estos productos (personas que no pueden acceder a otras vías de crédito menos gravoso por sus condiciones de solvencia y por la falta de garantías suficientes disponibles); b) el carácter rotativo de este crédito que lleva a que las cuotas abonadas se reintegren de nuevo como capital disponible; c) unas cuotas en una cuantía normalmente baja, lo que hace alargar el tiempo de devolución total del capital dispuesto y determina que en esa cuota se abonen mucho más intereses que amortización de capital; y d) vinculada con esta última circunstancia, la existencia de anatocismo, capitalizándose los intereses y comisiones devengados para que a su vez vuelvan a devengar intereses, llevando a convertir al prestatario en lo que denomina nuestro Alto Tribunal un «deudor cautivo».

Atendida la primera de estas circunstancias podría llevar a pensar que lógicamente la entidad financiera asume mayor riesgo de impago ante la falta de solvencia clara y de garantías adicionales, y eso justificaría un interés alto. Pero el Tribunal Supremo vuelve a advertir, como ya hizo en la Sentencia de 25 de noviembre de 2015, que cita ahora, que el alto riesgo de impago no puede justificar intereses notablemente superiores al normal del dinero y vuelve a criticar las prácticas bancarias irresponsables al conceder de modo tan ágil (y muchas

veces mediante técnicas de comercialización agresivas) los créditos al consumo sin atender a la capacidad de pago del prestatario, facilitando así el sobreendeudamiento, lo que no puede ser, según este Tribunal, objeto de protección por el ordenamiento jurídico.

En este punto el Tribunal Supremo no concreta al caso la exigencia prevista en el artículo 1 LRU sobre «la desproporción manifiesta del tipo de interés atendidas las circunstancias del caso»; pero realmente viene a establecer que para este requisito no es al caso concreto enjuiciado al que deberá atenderse (situación personal y económica del prestatario, información suministrada por la entidad, si hubo o no técnicas de comercialización agresivas o fue el propio prestatario quien solicitó ese tipo de crédito...), sino que en supuestos de créditos o tarjetas *revolving*, cualquiera que sea el caso concreto, ya esas circunstancias o características generales que se acaban de señalar y que en abstracto rodean y definen esta modalidad de crédito, según se describen en esta STS de 4 de marzo de 2020, vienen a cubrir el requisito de desproporción manifiesta. Pero esto supone que el Tribunal Supremo no aplica correctamente este segundo requisito del elemento objetivo de la usura: hace un análisis general de esta modalidad de operación crediticia y como entiende que son reprochables ciertas prácticas (que tampoco analiza si concurren en el caso concreto) asume entonces que concurre ese segundo requisito objetivo relativo a un tipo de interés manifiestamente desproporcionado, y aplica la sanción de nulidad por usura.

El problema es que esa descripción que hace el Tribunal Supremo de las circunstancias que rodean a estas operaciones financieras lo que evidencia es una situación de desprotección a los clientes prestatarios (que por lo general además merecen la calificación de consumidores) ante una contratación en masa con condiciones generales (que es lo que existe en estos casos), respecto de la cual hay ya construcciones normativas y jurisprudenciales que permiten protegerles, e incluso declarar la nulidad del tipo de interés o el contrato: me refiero a las exigencias de cumplir por las entidades financieras obligaciones concretas de información precontractual suficiente (e incluso deberes a tener en cuenta en el marco de la publicidad y actividad comercial de los productos), evaluación de solvencia previa y, por supuesto, el control de transparencia de la cláusula (y por ende del contrato).

A esto me referiré posteriormente con más detalle por cuanto, a mi juicio y el de muchos autores²² (y también así se deriva de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Castellón), la solución en los créditos *revolving* puede venir mejor planteada desde la perspectiva del control de la información proporcionada y de la existencia de un verdadero consentimiento informado y consciente de todas las cargas asumidas, que por la vía del reproche de la usura; más aún si la declaración de usura se hace sin fijar claramente los criterios para poder entender cumplidos los requisitos que para su apreciación se recogen en la Ley de 1908 (única Ley que regula esta figura, pese a ser ya centenaria), obviando el elemento subjetivo de la usura previsto en dicha Ley de 1908 como reproche moral y que precisamente justifica y contextualiza esa norma de represión de la usura y su finalidad (centrada en el ámbito de la nulidad contractual del préstamo en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas de su concesión)²³ y, además, con una marcada pretensión de control judicial del precio o coste en este tipo de contratos de crédito (precio que es un elemento esencial del contrato) sin cobertura normativa alguna (y es que tal control no es competencia de los tribunales sino del legislador y, como se expone en la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón,

chocaría con lo previsto en el Derecho de la Unión Europea, y en concreto el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, resultando prohibido tal control o fijación judicial del precio o coste del crédito al consumo²⁴, como se expuso en la STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre²⁵).

3. CUESTIONES PREJUDICIALES ANTE EL TJUE

A) Cuestiones prejudiciales planteadas en septiembre de 2020

Tras esta STS de 4 de marzo de 2020, la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria planteó por Auto de 14 de septiembre de 2020 dos cuestiones prejudiciales en las que se preguntaba:

«1. ¿Es compatible la libre prestación de servicios en el mercado europeo de crédito con la limitación en el importe máximo del tipo de interés por aplicación de la Ley contra la usura española? ¿Es compatible con el uso para determinar la nulidad de los préstamos de los tipos de interés medio aplicados por las entidades financieras exclusivamente en el mercado español? ¿Se trata de una disparidad nacional que puede crear distorsiones a la competencia entre prestamistas dentro de la [Unión Europea], entorpecer el funcionamiento del mercado interior y reducir las posibilidades de los consumidores de acogerse directamente al crédito al consumo transfronterizo?

2. ¿Es compatible la Directiva 87/102 y la Directiva 2008/48 con la legislación española que determina la nulidad de un contrato de préstamo por usurario, con independencia de que cumpla todos los requisitos exigidos en las Directivas, por considerar su tipo de interés elevado, teniendo en cuenta únicamente la media de los intereses aplicados en España? ¿Se debe entender que esa interpretación establece límites máximos a los tipos de interés no previstos por [las Directivas], ocasiona una protección al consumidor desigual en el ámbito del crédito al consumo de un Estado miembro a otro y distorsiona la competencia entre prestamistas? O por el contrario, ¿cabe entender que se trata de una disposición más severa para la protección del consumidor, respetuosa con las obligaciones de España en virtud del Tratado, en particular, la libre prestación de servicios?».

Tales cuestiones recibieron respuesta del TJUE mediante el Auto de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20, *caso Banco Santander*).

Ahora bien, la primera cuestión prejudicial fue declarada inadmisibile por cuanto, según el TJUE, «el órgano jurisdiccional remitente no explica con la suficiente claridad las razones por las que le resulta necesaria la interpretación del artículo 56 TFUE para resolver el asunto que conoce [...] no ha expuesto ni las razones de la elección del artículo 56 TFUE ni el vínculo entre este y la legislación nacional aplicable en el litigio principal».

En cuanto a la segunda cuestión prejudicial, en este caso el TJUE simplemente se ha limitado a admitir (pues el ordenamiento comunitario no se opone a ello) que puede aplicarse en España la Ley de Usura de 1908 y con ello poner limitaciones a los tipos de interés (concretamente a la tasa anual equivalente - TAE) para luchar contra la usura en los contratos de crédito al consumo celebrados con consumidores; considera que el Derecho de la Unión Europea en esta materia establece unas disposiciones armonizadoras de mínimos, y, por lo tanto, los Estados miembros pueden conservar o adoptar disposiciones más severas o estrictas en relación con la protección de los consumidores; ahora bien también

advierte el TJUE de la necesidad de cumplir con las obligaciones de información (lo que entronca precisamente con el control de transparencia que se comentará *ut infra* como vía de solución de esta controversia).

B) Cuestiones prejudiciales planteadas en mayo de 2021

Posteriormente, el 7 de mayo de 2021 se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón un auto elevando al TJUE varias cuestiones prejudiciales, incidiendo en algunas cuestiones que también se plantearon en las anteriores cuestiones indicadas planteadas por la Audiencia Provincial de Las Palmas²⁶.

En un extenso auto se formulan dos cuestiones prejudiciales con varias consideraciones en la primera de ellas y con las que se plantea al TJUE: i) si la interpretación y aplicación que hace el Tribunal Supremo de la Ley española de Represión de la Usura de 1908 con respecto a los créditos y tarjetas *revolving* se ajusta al Derecho de la Unión Europea (atendiendo al principio de su primacía y a su función armonizadora); ii) y si esa doctrina jurisprudencial, que viene a prever un control judicial del precio de esos créditos al consumo en su modalidad *revolving* (regulados en el Derecho de la Unión, específicamente en la Directiva 2008/48/CE y de forma general en la Directiva 93/13/CEE), vulnera el principio de seguridad jurídica del mercado financiero, por tratarse de una extralimitación del Tribunal sin que exista una norma nacional que cubra o autorice tal control o fijación judicial del precio o coste del crédito (ni siquiera la Ley Azcárate de 1908).

Concretamente se insta al TJUE a que aclare:

a) Si la conformidad con el Derecho de la Unión respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español dictada en interpretación y aplicación de la Ley nacional de Represión de la Usura, debe realizarse «de oficio» por el órgano jurisdiccional nacional, o por el contrario, como declara el Tribunal Supremo español, dicho deber de evaluar la conformidad con el Derecho de la Unión y sus Directivas queda condicionado o subordinado al *petitum* de la parte demandante (principio de rogación). Y esto se plantea en la medida en que dicha jurisprudencia del Tribunal Supremo se proyecta no solo sobre el plano de la invalidez del contrato celebrado, sino sobre la definición del «objeto principal» del contrato de crédito al consumo (en la modalidad crédito *revolving*) y sobre la adecuación de la «calidad/precio» del servicio prestado. Y se plantea también atendiendo a que, si se condiciona esa evaluación de conformidad con el Derecho de la Unión a la petición de parte y esa petición se centra única o principalmente en el ejercicio de una acción derivada de una norma nacional (como es la petición de nulidad por ser usurario el crédito conforme a la Ley de Represión de la Usura de 1908), entonces no podría atenderse a la primacía del Derecho de la Unión y su alcance armonizador, aunque la jurisprudencia que dicte el Tribunal Supremo español, en la interpretación y aplicación de la citada Ley de 1908, se proyecte sobre la definición del objeto principal y la adecuación de la calidad/precio del crédito al consumo objeto del litigio que debe resolverse.

b) Si resulta contrario al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE que el órgano jurisdiccional nacional, en aplicación de una disposición nacional como la referida Ley de Represión de la Usura de 1908, fuera de su natural proyección en el marco de la declaración de nulidad del contrato celebrado, realice, como potestad «*ex nova*», un «control judicial» sobre el objeto principal del contrato que

determine, con carácter general, bien el precio del crédito al consumo, entendido por referencia a su interés remuneratorio (TIN), o bien el coste del crédito al consumo, entendido como referencia a su tasa anual equivalente (TAE)²⁷.

Insiste la magistrada titular del Juzgado remitente de esta cuestión prejudicial, como cuestión de fondo, en la indebida supresión del presupuesto subjetivo de la usura, desnaturalizando tal concepto y la finalidad de la Ley, e insiste asimismo en la crítica a la aplicación e interpretación extralimitada que de esta Ley de 1908 ha hecho el Tribunal Supremo en la STS núm. 149/2020, de 4 de marzo, con formulaciones indeterminadas y ambiguas y declarando y generalizando el «reproche usurario» (que no abusivo) a todo contrato de crédito al consumo *revolving*, distorsionando injustificadamente dicho sector.

c) En atención a lo anteriormente expuesto y considerando el marco de regulación y armonización previsto en el TFUE, se pregunta también si el control por el órgano jurisdiccional nacional para la fijación, con carácter general, del precio o del coste del crédito al consumo, sin una previa norma nacional que expresamente le dé cobertura, «resulta compatible» con el artículo 120 TFUE, con relación a una economía de mercado abierta y al principio de libre contratación de las partes.

d) Por último, en el marco de la segunda cuestión prejudicial planteada, se plantea al TJUE si resulta contrario al principio de seguridad jurídica para el correcto y eficaz funcionamiento del mercado interior del crédito al consumo, «la limitación de la TAE que puede imponerse, con carácter general, al consumidor en un contrato de crédito al consumo con el fin de luchar contra la usura, declarada por el Tribunal Supremo español, con base en unos parámetros no objetivos y precisos, sino por mera referencia aproximativa, de forma que se deje a la discrecionalidad de cada órgano jurisdiccional nacional su concreta determinación para la resolución del litigio del que conozca».

V. CONTROL DE TRANSPARENCIA, DEBERES DE INFORMACIÓN Y EVALUACIÓN DE SOLVENCIA

A la vista de esta doctrina jurisprudencial recogida en las SSTs de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020, en la práctica las entidades financieras tendieron a ajustar y reducir los tipos de interés con el fin de evitar la declaración de usura.

Ahora bien, no es la usura la única vía de control de los créditos *revolving*. Al igual que otros contratos de crédito, tratándose de contratos con condiciones generales de la contratación (contratación en masa o seriada), los créditos y tarjetas *revolving* están sujetos al control de incorporación *ex* artículos 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación. Y, asimismo, también deben estar sujetos a las especiales exigencias de transparencia y deberes de información por parte de las entidades crediticias a los futuros prestatarios, con el fin de lograr un auténtico consentimiento informado, comprensivo de todas las cargas que asumirá al firmar y aceptar ese crédito *revolving*: especialmente, en este caso, información sobre la dinámica revolviente de las cantidades que devuelva y la capitalización que, de establecerse una cuota mensual fija en la devolución de los importes, se hará respecto de los intereses pendientes (anatocismo), lo que implica una mayor carga económica a soportar.

En estos productos la información sobre los intereses, su capitalización posterior, la forma de devolución y resto de cargas y costes se hace especialmente

relevante para el consumidor para que pueda conocer la carga económica real que asumirá, y en ello se debe incidir especialmente por los jueces, comprobando que esa transparencia sea efectiva.

A este control de transparencia ya se hacía referencia en la STS de 4 de marzo de 2020, si bien como no se había interesado por la demandante, no se atendió a ella. El TJUE en su Auto de 25 de marzo de 2021 también alude a la necesidad de cumplir con los oportunos deberes de información. Y ante la consideración de que no eran usurarios los créditos que se le sometían a juicio, varios juzgados y audiencias provinciales también han acudido al control de transparencia para resolver los asuntos que se les planteaban.

Han sido varios los autores que en estos años han estado instando a que se concretara normativamente la exigencia en estos créditos de cumplir con ciertos deberes de información y transparencia, al igual que con una oportuna evaluación de solvencia previa, que llevaría además a un menor riesgo de impago o morosidad²⁸. Lo cierto es que tratándose de contratos de crédito al consumo, ya se contaba con normativa al respecto: la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo y la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, entre otras normas.

Ahora bien, probablemente fruto de esta controversia y abundante litigiosidad que rodea a los créditos y tarjetas *revolving*, en julio de 2020 se aprobó una norma especial reguladora de estos créditos: la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, que, entre otras disposiciones, incluye la modificación de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, incorporando a esta Orden de 2011 un nuevo capítulo III bis (que entró en vigor el pasado 27 de enero de 2021), conteniendo disposiciones de mejora de la transparencia con la clientela aplicable «al crédito al consumo con interés de duración indefinida o de duración definida prorrogable de forma automática concedido a personas físicas en el que el crédito dispuesto no se satisface en su totalidad al final del período de liquidación pactado (crédito revolvente o *revolving*)» (art. 33 bis Orden EHA/2899/2011), haciendo especial hincapié en los deberes de información, no solo precontractual (art. 33 ter) sino también periódica (art. 33 quinquies) y adicional (art. 33 sexies); pero que, además, modifica el artículo 18 de esa Orden EHA/2899/2011 en relación con la exigencia de cumplir con una previa evaluación de solvencia del prestatario de cara a la concesión responsable del crédito, incluyéndose también expresamente para el caso de los créditos *revolving* [art. 18.2.e)].

Y, asimismo, con esta Orden EDT/699/2020 también se modifica el artículo 4 de la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios (con efectos desde el 2 de enero de 2021), de cara a la publicidad de estos créditos *revolving*, previéndose en el apartado 5.e) de dicho artículo exigencias específicas con respecto al ejemplo representativo que debe incluirse cuando la publicidad comercial se refiera a estos créditos revolventes.

VI. CONCLUSIONES

I. La doctrina del Tribunal Supremo en relación con los créditos *revolving* y su carácter usurario se ha evidenciado insuficiente, ambigua, con errores y generadora de incertidumbre e inseguridad jurídica, lo que ha motivado numerosas críticas.

II. El Tribunal Supremo en sus Sentencias de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020 obvia injustificadamente el elemento subjetivo de la usura (como reproche moral) previsto en el artículo 1 LRU y, además, aplica los requisitos del elemento objetivo de forma errónea y sin fundamento claro.

III. El carácter notablemente superior al interés normal del dinero puede apreciarse atendiendo al tipo de interés medio del mercado en cuanto a la categoría específica de los contratos de crédito o tarjeta *revolving*, atendiendo a las estadísticas publicadas por el Banco de España u otras tablas o informes que aporten datos suficientes y correctos sobre el mercado de estos productos. Además, la comparativa del crédito objeto de litigio con ese tipo de interés medio debe ser utilizando como elementos de comparación ese promedio (que en el caso de las estadísticas publicadas por el Banco de España atiende al TEDR) y el TIN del contrato, no la TAE que es lo que ha utilizado el Tribunal Supremo.

IV. Con respecto al requisito de resultar el interés manifiestamente desproporcionado a las circunstancias del caso, debe precisamente atenderse a las circunstancias del supuesto concreto planteado al tribunal; sin embargo, el Tribunal Supremo en estas sentencias objeto de este trabajo no atiende al caso concreto, sino que hace una valoración general de los créditos *revolving*, reprobando determinadas prácticas que asume que se desarrollan de modo generalizado en estos casos y que provocan sobreendeudamiento y la constitución del llamado «deudor cautivo», lo que le llevan a determinar el cumplimiento de este requisito y, junto con el requisito anterior, a la calificación del carácter usurario del préstamo.

V. El Tribunal Supremo no fija claramente los criterios para poder entender cumplidos los requisitos que para la apreciación de usura se recogen en la Ley de 1908, obviando el elemento subjetivo de la usura previsto en dicha Ley como reproche moral y que precisamente justifica y contextualiza esa norma de represión de la usura y su finalidad (centrada en el ámbito de la nulidad contractual del préstamo en atención a las circunstancias objetivas y subjetivas concretas de su concesión) y, además, con una marcada pretensión de control judicial del precio o coste en este tipo de contratos de crédito (precio que es un elemento esencial del contrato) sin cobertura normativa alguna.

VI. La solución a posibles abusos que puedan producirse en el ámbito de la contratación de estos créditos *revolving*, a mi juicio, pasa actualmente por la aplicación de la normativa de protección de consumidores y del cliente bancario o financiero, más que por la vía de la usura, al menos en atención a la deficiente doctrina que sobre su aplicación ha desarrollado el Tribunal Supremo en las Sentencias de 25 de noviembre de 2015 y de 4 de marzo de 2020.

VII. Están pendientes de resolverse unas cuestiones prejudiciales planteadas al TJUE por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón, y esperemos que la resolución del TJUE aclare la situación.

VIII. Por otro lado, el control de incorporación y el control de transparencia resultan claramente aplicables a estos casos de cara a comprobar que se emitió un efectivo, libre y consciente consentimiento informado por parte del prestatario en relación a la real carga económica asumida con estos contratos, con especial atención a la dinámica revolvente de este producto y al posible y frecuente anatocismo o capitalización de intereses que generan a su vez nuevos intereses (y, por lo tanto, incrementan la carga económica inicialmente prevista).

IX. Con la aprobación de la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, al modificar la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, de regulación y control de la publicidad de

los servicios y productos bancarios, se han incorporado a nuestro ordenamiento jurídico previsiones expresas sobre deberes de información y transparencia, publicidad y evaluación de solvencia con respecto a los créditos *revolving*.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-280/13).
- STJUE de 20 de febrero de 2015 (asunto C-143/13).
- STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14).
- STJUE de 9 de julio de 2015 (asunto C-384/14).
- STJUE de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14).
- ATJUE de 25 de marzo de 2021 (asunto C-503/20).
- STS núm. 406/2012, de 18 de junio.
- STS núm. 113/2013, de 22 de febrero.
- STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre.
- STS núm. 628/2015, de 25 de noviembre.
- STS núm. 149/2020, de 4 de marzo.
- STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas de la doctrina «Sygma» en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia. *Revista Jurídica de Consumidores vLex*, núm. 7, febrero 2020, 74-92 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consecuencias-auguradas-doctrina-sigma-840324614>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- (2020). Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 56-72 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencia-wizink-usura-ausencia-842771769>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Pleno, número 149/2020, de 4 de marzo de 2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA sobre la usura en los créditos revolving. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión? *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 23-24 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-sentencia-tribunal-supremo-842771766>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- (2016). De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. *Revista de Derecho vLex*, núm. 140, enero 2016 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/nuevo-sentencia-tribunal-supremo-592384119>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2020). Tarjetas *revolving*, usura e inseguridad jurídica. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020 y el Acuerdo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020 (disponible en <https://almacenederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

- CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- CARRASCO PERERA, A.F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatis»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 73-94 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/983>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito revolving. Comentario a la STS de España, Sala 1.^a, 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019). *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, 758-775 (disponible en https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30._Carolina_Castillo_pp._758-775.pdf, fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio. *Revista de Derecho vLex*, núm. 158, julio 2017 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/credito-revolving-precio-687116277>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, mayo-junio, 1546-1557.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving. *Diario La Ley*, núm. 9638, sección Tribuna, 22 de mayo de 2020.
- TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas revolving. *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2019.
- VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o revolving, control de transparencia, abusividad y carácter usurario. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero 2020, 44-71 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/creditos-rotativos-revolving-control-840324613>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

NOTAS

¹ Respuesta concreta se le dio en los términos que se señalan en el texto principal de este trabajo a la segunda cuestión planteada relativa a la compatibilidad con el Derecho de la UE de la aplicación de la Ley de Represión de la Usura española y la declaración de nulidad de los intereses y el crédito por usurario; sin embargo, la primera cuestión prejudicial es declarada inadmisibles por cuanto «el órgano jurisdiccional remitente no explica con la suficiente claridad las razones por las que le resulta necesaria la interpretación del artículo 56 TFUE para resolver el asunto que conoce [...] no ha expuesto ni las razones de la elección del artículo 56 TFUE ni el vínculo entre este y la legislación nacional aplicable en el litigio principal».

² REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio. *Revista de Derecho vLex*, núm. 158, julio 2017 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/credito-revolving-precio-687116277>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

³ TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática suscitada por las tarjetas revolving. *Actualidad Civil*, núm. 4, abril 2019.

⁴ En su Portal del Cliente Bancario el Banco de España señala que las tarjetas *revolving* (revolventes o de pago aplazado) «son tarjetas de crédito en las que se ha elegido la modalidad de pago flexible. Te permiten devolver el crédito de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas que varían en función de las cantidades dispuestas. Dentro de unos límites prefijados por tu banco, podrás fijar el importe de la cuota, pero sé consciente de que con cada cuota pagada el crédito disponible de la tarjeta se reconstituye, es decir, puedes volver a disponer del importe del capital que amortizas en cada cuota». *Vid.*, <https://clientebancario.bde.es/pcb/es/menu-horizontal/productosservici/serviciospago/tarjetas/guia-textual/tipos-de-tarjeta/> (fecha de última consulta el 9 de mayo de 2021). Asimismo, en su Memoria de Reclamaciones de 2018 indica: «Las tarjetas *revolving* son una tipología especial de tarjeta de crédito. Su principal característica es el establecimiento de un límite de crédito cuyo disponible coincide inicialmente con dicho límite, que disminuye según se realizan cargos (compras, disposiciones de efectivo, transferencias, liquidaciones de intereses y gastos y otros) y se repone con abonos (pago de los recibos periódicos, devoluciones de compras, etc.)» (<https://clientebancario.bde.es/ft/webcb/RCL/PodemosAyudarte/InformesActividad/Memoria2018tarjetasrevolving.pdf>; fecha de última consulta el 9 de mayo de 2021).

⁵ *Vid.*, entre otros, TORRAS COLL, J.M. (2019). Acotaciones a la problemática..., *op. cit.*; y REYNER SERRA, J. (2017). El crédito «*revolving*» y su precio, *op. cit.* Asimismo, en la Orden EDT/699/2020, de 24 de julio, de regulación del crédito revolvente, en el primer apartado de su preámbulo se señalan que los que denomina «créditos de duración indefinida con carácter revolvente o *revolving*» presentan ciertas especialidades que los hacen susceptibles de un tratamiento regulatorio diferenciado: «El principal elemento que los caracteriza es que el prestatario puede disponer hasta el límite de crédito concedido sin tener que abonar la totalidad de lo dispuesto a fin de mes o en un plazo determinado, sino que el prestatario se limita a reembolsar el crédito dispuesto de forma aplazada mediante el pago de cuotas periódicas cuyo importe puede elegir y modificar durante la vigencia del contrato dentro de unos mínimos establecidos por la entidad. La cuantía de las cuotas puede variar en función del uso que se haga del instrumento del crédito y de los abonos que se realicen por el prestatario. Así, el límite de crédito establecido por el prestamista disminuye según se dispone de él, principalmente mediante adquisiciones de bienes o servicios, disposiciones de efectivo, transferencias del crédito concedido o liquidaciones de intereses y gastos. A su vez, se repone con abonos, en esencia mediante el pago de los recibos periódicos o la realización de amortizaciones anticipadas, si bien, en particular en el caso de los créditos asociados a un instrumento de pago, también se pueden producir devoluciones de compras que reponen igualmente el crédito disponible. Las cuantías de las cuotas destinadas a la amortización del capital que el prestatario abona de forma periódica vuelve a formar parte de su crédito disponible (de ahí su nombre, revolvente o *revolving*), por lo que constituye un crédito que se renueva de manera automática en cada vencimiento, de tal forma que en realidad es un crédito rotativo equiparable a una línea de crédito permanente. Sobre el capital dispuesto se aplica el tipo de interés pactado. En ocasiones, si se producen impagos o la cuantía de la cuota periódica es muy baja y no cubre los intereses, estas cantidades se capitalizan mediante nuevas disposiciones del crédito que, a su vez, generarán intereses. Estos créditos se comercializan mayoritariamente asociados a instrumentos de pago que prevén, de forma exclusiva o junto con otras modalidades de reembolso, la posibilidad de establecer una modalidad de pago aplazado flexible o *revolving*, lo que facilita su accesibilidad y la inmediatez en la realización de disposiciones del límite por el titular. En estos casos, aunque habitualmente el titular del instrumento de pago tiene la posibilidad de modificar su funcionamiento, pasando a operar alternativamente con la modalidad de pago diferido a fin de mes, las características de estos créditos pueden dar lugar a que la amortización del principal se realice con frecuencia en un período de tiempo muy prolongado, lo que supone el pago total de una cifra elevada de intereses a medio y a largo plazo o incluso el riesgo de que la deuda se prolongue de manera indefinida. Si bien es cierto que actualmente el principal medio de disposición de los créditos *revolving* son las denominadas tarjetas *revolving*, nada impide que, dado el progreso tecnológico exponencial en esta área, se desarrollen nuevas formas de prestar el servicio de crédito revolvente asociado a otros instrumentos de pago».

⁶ Memoria de Reclamaciones de 2018 de Banco de España en su página 1: <https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/PodemosAyudarte/InformesActividad/Memoria2018tarjetasrevolving.pdf> (fecha de última consulta el 9 de mayo de 2021).

⁷ Así se indica en la Memoria de Reclamaciones de 2018 de Banco de España en su página 1: <https://clientebancario.bde.es/f/webcb/RCL/PodemosAyudarte/InformesActividad/Memoria2018tarjetasrevolving.pdf> (fecha de última consulta el 9 de mayo de 2021) y se observa también de las diversas resoluciones judiciales que han resuelto sobre la materia y que pueden consultarse en la base de datos de jurisprudencia del CGPJ (el CENDOJ).

⁸ REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio, *op. cit.*

⁹ Asimismo, en estas SSTs núm. 406/2012, de 18 de junio, y núm. 677/2014, de 2 de diciembre, lo que se hace es una delimitación del ámbito de control de la normativa sobre usura y la normativa de protección de consumidores. Se advierte que, si bien las partes pueden alegar inicialmente dichas normativas en orden a su posible aplicación al caso concreto (existiendo compatibilidad conceptual y material), no obstante, su aplicación conjunta o integrada no es posible al tratarse de controles causales de distinta configuración y alcance, con ámbitos de aplicación propios y diferenciados. Señalan así estas resoluciones y concretamente la STS núm. 677/2014, de 2 de diciembre, que «A) Dentro de la aplicación particularizada de la Ley de Usura, conviene resaltar que su configuración normativa, con una clara proyección en los controles generales o límites a la autonomía negocial del artículo 1255 del Código civil, especialmente respecto de la consideración de inmoralidad de los préstamos usurarios o leoninos, presupone una lesión grave de los intereses objeto de protección que, a diferencia de la tutela dispensada por la normativa de consumo y condiciones generales, se proyecta tanto sobre el plano del contenido patrimonial del contrato de préstamo, sobre la base de la noción de lesión o perjuicio económico injustificado, como en el plano causal de la validez estructural del contrato celebrado. Por contra, el control de contenido, como proyección de la aplicación de la cláusula abusiva, se cierra exclusivamente sobre el ámbito objetivo del desequilibrio resultante para el consumidor adherente en sus derechos y obligaciones; sin requerir para ello ninguna otra valoración causal acerca de la ilicitud o inmoralidad de la reglamentación predisuelta. B) Como consecuencia de la gravedad y la extensión del control establecido, la Ley de Usura contempla como única sanción posible la nulidad del contrato realizado, con la consiguiente obligación o deber de restitución (art. 1 y 3 de la Ley). Frente a ello, el control de contenido de la cláusula abusiva no se extiende a la eficacia y validez misma del contrato celebrado, esto es, no determina su nulidad, sino la ineficacia de la cláusula declarada abusiva. Extremo que, en contra del criterio seguido por la Audiencia y de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 83 de TRLGDCU, dada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, comporta en la actualidad que la cláusula declarada abusiva no pueda ser objeto de integración contractual ni de moderación (STJUE de 14 de junio de 2012, caso Banesto, y SSTs de 11 de marzo de 2014, núm. 152/2014 y de 7 de abril de 2014, núm. 166/2014). C) Por último, cabe resaltar que su diferenciación también resulta apreciable en la distinta función normativa que cumplen o desarrollan ambas figuras. En este sentido, aunque la Ley de Usura afecte al ámbito de protección de los terceros y al interés público, no obstante, su sanción queda concretada o particularizada en la reprobación de determinadas situaciones subjetivas de la contratación, sin más finalidad de abstracción o generalidad, propiamente dicha. En cambio, la normativa de consumo y la de contratación bajo condiciones generales, tienen una marcada función de configurar un importante sector del tráfico patrimonial destinado a la contratación seriada; de suerte que doctrinalmente que dicho fenómeno en la actualidad se califique como un “auténtico modo de contratar”, diferenciable del contrato por negociación, con un régimen y presupuesto causal también propio y específico (STS de 8 de septiembre de 2014, núm. 464/2014)». Cfr. a este respecto VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o revolving, control de transparencia, abusividad y carácter usurario. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero 2020, 57 y sigs. (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/creditos-rotativos-revolving-control-840324613>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

¹⁰ Cfr., a este respecto, entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo (Tarjetas revolving): una desafortunada sentencia con más sombras que

lucos. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, quien advierte que la concurrencia del presupuesto subjetivo ha sido una constante en nuestra jurisprudencia (cita, entre otras, las SSTs núm. 622/2001, de 20 de junio, núm. 1028/2006, de 10 de octubre, núm. 113/2013, de 22 de febrero; núm. 406/2012, de 18 de junio, núm. 677/2014, de 2 de diciembre, y núm. 189/2019, de 27 de marzo), del que ahora el Tribunal Supremo prescinde sin ninguna justificación ni fundamento, provocando confusión e inseguridad jurídica en la futura aplicación de la Ley de 1908, y además convirtiendo lo previsto en esta Ley, al ser aplicada fuera de su natural marco casuístico, en «un criterio general de fijación de precios del crédito personal en este segmento de la contratación crediticia»; concluye que «la Ley de Usura, lamentablemente, aún resulta útil y aplicable en la actualidad, pero debe ajustarse, si no se reforma, a la necesaria estimación del presupuesto subjetivo, pues, como señala expresamente el artículo 1, dicho presupuesto subjetivo le dota de sentido y concierto. Para la mejor defensa de los consumidores y usuarios resulta pertinente la vía del control de transparencia, que se ajusta modernamente a este modo de contratación y mejora, sin duda, las condiciones, competencia y comprensibilidad de este segmento de la contratación del crédito personal. Por lo que, en definitiva, si se pretende recuperar un cierto grado de seguridad jurídica y de certeza habrá que acordar que la sentencia objeto de comentario lo «único» que realmente fija es el límite del 26,86% para la consideración usuraria del crédito *revolving*, sin establecer otro concreto límite conceptual por debajo del ya fijado. Para ello, habría que volver a la aplicación del presupuesto subjetivo que justificara, en cada caso concreto, el carácter usurario de un interés remuneratorio inferior».

Otros autores que han criticado, asimismo, la falta de atención al elemento subjetivo previsto en el artículo 1 LRU son, entre otros: AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas de la doctrina «Sygma» en la jurisprudencia menor: del interés normal usurario al control de transparencia. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. 7, febrero de 2020, 75-77 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/consecuencias-auguradas-doctrina-sygma-840324614>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021); de la misma autora, AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Sentencia Wizink: usura en ausencia de anormalidad, desproporción o situación angustiosa. *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 66-68 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/sentencia-wizink-usura-ausencia-842771769>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021); SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial de las tarjetas revolving. *Diario La Ley*, núm. 9638, sección Tribuna, 22 de mayo de 2020; ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo civil) Pleno, número 149/2020, de 4 de marzo de 2020 Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael SARAZÁ JIMENA sobre la usura en los créditos revolving. ¿Clarificación de criterios o mayor confusión? *Revista Jurídica sobre Consumidores vLex*, núm. especial, abril 2020, 23-24 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentarios-sentencia-tribunal-supremo-842771766>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021); y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o *revolving*, *op. cit.*, 52-57.

¹¹ Sí que se encuentra regulado, por ejemplo, en el Código francés de Consumo (*Code de la Consommation*) que en sus disposiciones 314-6 a 314-9 (aplicables tanto al crédito al consumo como al crédito hipotecario) regula la usura y el tipo de interés usurario, y concretamente en esa norma 314-6 viene a considerar usurarios aquellos préstamos cuyo tipo de interés (tasa efectiva global) exceda en el momento de su otorgamiento «en más de un tercio del tipo de interés o tasa efectiva promedio aplicada durante el trimestre anterior por las instituciones de crédito y las compañías financieras para operaciones de la misma naturaleza que impliquen riesgos similares, según lo definido por la autoridad administrativa previa consulta al Comité Asesor del Sector Financiero».

¹² A este respecto, *vid.*, entre otros, SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, B. (2019). Los intereses de demora en la jurisprudencia y en la Ley 5/2019 de contratos de crédito inmobiliario. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 773, mayo-junio, 1546-1557.

¹³ Cfr., a este respecto, entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020..., *op. cit.*; AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 75-77 y de la misma autora (2020). Sentencia Wizink..., *op. cit.*, 66-68; SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial... *op. cit.*; CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTÍZ, A. (2016).

Sobre la usura en contratos de crédito al consumo. «Sygma Mediatis»: un mal precedente, una pésima doctrina, un nefasto augurio. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 16, 78-79 (disponible en <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/983>; fecha de última consulta: el 9 de mayo de 2021) y ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, 23-24.

¹⁴ Como señala la STS de 25 de noviembre de 2015, «esa obligación informativa de las entidades tiene su origen en el artículo 5.1 de los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo (BCE), que recoge la obligación de este último, asistido por los bancos centrales nacionales, de recopilar la información estadística necesaria a través de los agentes económicos. Para ello, el BCE adoptó el Reglamento (CE) núm. 63/2002, de 20 de diciembre de 2001, sobre estadísticas de los tipos de interés que las instituciones financieras monetarias aplican a los depósitos y a los préstamos frente a los hogares y a las sociedades no financieras; y a partir de ahí, el Banco de España, a través de su Circular 4/2002, de 25 de junio, dio el obligado cumplimiento al contenido del Reglamento, con objeto de poder obtener de las entidades de crédito la información solicitada».

¹⁵ Aparte de esas estadísticas del Banco de España cabe advertir, como señalan CARRASCO PERERA y AGÜERO ORTIZ, que existen otros instrumentos que arrojan datos y estadísticas sobre el crédito o tarjeta *revolving* a los que se podía y se puede acudir para concretar ese «interés normal» o de mercado con el que se debe hacer la comparación para poder apreciar usura: están las tablas comparativas que ofrece la Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) o tablas publicadas por diarios especializados en economía (como *Expansión*): *vid.*, CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo..., *op. cit.*, 83-86. Incluso la Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) elaboró un índice de valores sobre estos productos *revolving* y otros contratos de crédito al consumo entre 2008 y 2018: <https://www.asnef.com/media/2808/indice-asnef-tin-tae-2018.pdf> (fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021). A la posible consulta de este índice ASNEF se refiere también ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, 19-20; de hecho, esta autora advierte también que «lo que debemos hacer los abogados es ayudar a los jueces y proporcionar datos objetivos de comparación fiables con una determinada categoría de producto, el crédito *revolving*, y la referida tabla estadística valorada por el Tribunal Supremo es una herramienta a tener en cuenta, pero no es en absoluto la única fuente de información para comparar productos de crédito *revolving*» (p. 17 de la obra citada); pero asimismo, considera esta autora muy valiosa la información que trimestralmente las entidades bancarias deben proporcionar al Banco de España sobre comisiones y tipos practicados u ofertados, conforme exige la Circular 5/2012, de 27 de junio, del Banco de España (ALEMANY CASTELL, M. (2016). De nuevo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2015. *Revista de Derecho vLex*, núm. 140, enero 2016 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/nuevo-sentencia-tribunal-supremo-592384119>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021)).

¹⁶ *Vid.*, a este respecto, entre otros, AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 78 y sigs.; ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, 25-26; y ARTIGOT GOLOBARDES, M. (2020). Tarjetas revolving, usura e inseguridad jurídica. Reflexiones sobre la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020 y el Acuerdo de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Cantabria. *Almacén de Derecho*, 15 de abril de 2020 (disponible en <https://almacendederecho.org/tarjetas-revolving-usura-e-inseguridad-juridica>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

¹⁷ *Vid.*, a este respecto, entre otros, AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 77-78; y *vid.*, CARRASCO PERERA, A. F. y AGÜERO ORTIZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo..., *op. cit.*, 82-83.

¹⁸ *Vid.*: <https://www.bde.es/bde/es/utiles/glosario/glosarioEst/indexT.html#:~:text=Se%20puede%20definir%20como%20la,como%20porcentaje%20de%20esa%20cantidad> (fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

¹⁹ *Vid.*: <https://www.bde.es/bde/es/utiles/glosario/glosarioEst/indexT.html#:~:text=Se%20puede%20definir%20como%20la,como%20porcentaje%20de%20esa%20cantidad> (fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

²⁰ Vid., entre otros, AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Sentencia Wizink..., *op. cit.*, 63-66; ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la sentencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, 16-17; y CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*. Comentario a la STS de España, Sala 1.ª, 149/2020, de 4 de marzo (rec. núm. 4813/2019). *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 30, julio 2020, 770-771; disponible en https://www.revista-rbd.com/wp-content/uploads/2020/07/30_Carolina_Castillo_pp_758-775.pdf; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

²¹ Cfr. REYNER SERRÀ, J. (2017). El crédito «revolving» y su precio, *op. cit.*, quien afirma que están justificados los mayores precios del crédito *revolving*, en atención a las características diferenciadas de este producto, y no en una situación de abuso de las entidades sobre sus clientes. Características relacionadas con la compleja gestión financiera, la exigencia de más recursos propios, la falta de garantías ante la eventual morosidad o el hecho de que pueda destinarse el crédito a cualquier finalidad.

²² Entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020..., *op. cit.*; CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*..., *op. cit.*, 772-773; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o revolving, *op. cit.*, 59-63.

²³ Cfr., a este respecto, entre otros, ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020..., *op. cit.*; AGÜERO ORTÍZ, A. (2020). Consecuencias auguradas..., *op. cit.*, 75-77 y de la misma autora (2020). Sentencia Wizink..., *op. cit.*, 66-68; SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). El bazar jurisprudencial... *op. cit.*; CARRASCO PERERA, A.F. y AGÜERO ORTÍZ, A. (2016). Sobre la usura en contratos de crédito al consumo..., *op. cit.*, 78-79 y ALEMANY CASTELL, M. (2020). Comentarios sobre la Sentencia del Tribunal Supremo..., *op. cit.*, 23-24.

²⁴ Atendiendo al Derecho comunitario, y en concreto al artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, ante créditos al consumo, que están sujetos a condiciones generales de la contratación, estaría prohibido el control o fijación judicial del precio, coste o interés del crédito, pues solo si un juez declara que esa cláusula no es transparente, entonces podrá proceder a revisar su abusividad o no (control de contenido). Así lo ha advertido el TJUE en varias sentencias: SSTJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-280/13), de 20 de febrero de 2015 (asunto C-143/13), de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14), de 9 de julio de 2015 (asunto C-384/14) y de 26 de enero de 2017 (asunto C-421/14). Cuestionando que efectivamente se pueda hacer un control de abusividad con respecto al precio del contrato, cfr. CÁMARA LAPUENTE, S. (2013). ¿De verdad puede controlarse el precio de los contratos mediante la normativa de cláusulas abusivas? *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, núm. 2 (disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/1815/846>; fecha de última consulta, el 9 de mayo de 2021).

²⁵ Esta STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre, resolvió sobre un préstamo multidivisa y, con cita de la STS núm. 44/2019, de 23 de enero, señala que «no es procedente que el juez realice un control de precios, que pueda anular una cláusula que establece el precio porque este resulta desproporcionado a la prestación. Tal exclusión resulta del artículo 4.2 de la Directiva 93/13 (y de su desarrollo en Derecho interno mediante la sustitución de la expresión «justo equilibrio de las contraprestaciones» por «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones» en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, como han declarado sentencias de esta sala 406/2012, de 18 de junio, 241/2013, de 9 de mayo, y 669/2017, de 14 de diciembre) y de la jurisprudencia del TJUE que lo ha interpretado, representada por las sentencias de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13, caso *Árpád Kásler y Hajnalka Káslerné Rábai*, y 26 de febrero de 2015, asunto C-143/13, caso *Bogdan Matei e Ioana Ofelia Matei*. Y esta afirmación se hace partiendo de que ya el Tribunal Supremo ha considerado y advertido que el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE «ha sido transpuesto de manera indirecta o implícita por la nueva redacción del artículo 10 bis 1.1 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al transponer la Directiva en 1998: donde antes la ley se refería al «justo equilibrio de las contraprestaciones», tras la reforma aludía al «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes», de conformidad con los artículos 3 y 4.2 de la Directiva. Lo mismo establece hoy el artículo 82 del Texto Refundido de 2007 de esa Ley. Por lo tanto, se desplaza el control desde una hipotética vigilancia del desequilibrio económico (de las prestaciones u objetos que se intercambian) a una revisión del desequilibrio jurídico de derechos».

²⁶ Y puede decirse también que en tales cuestiones prejudiciales la magistrada titular del Juzgado remitente plasma en cierta medida la posición crítica con respecto a la doctrina y argumentos expuestos de la STS de 4 de marzo de 2020 que expuso anteriormente por escrito en un artículo doctrinal, donde advierte de la necesaria atención a las normas de protección de consumidores centradas en la transparencia y garantía del consentimiento informado, dejando como reflexión final el deseo de que se materialice «la regulación extensiva al ámbito de la contratación de tarjetas de crédito de las obligaciones sustanciales que nuestro ordenamiento actualmente impone a las entidades financieras y que pivotan en los esenciales aspectos de la necesaria actuación transparente por parte de aquellas respecto de los contratantes consumidores, así como de la evaluación no solo de la solvencia de los prestatarios sino también del contenido y alcance del crédito concedido en el contexto de la situación del adherente» (CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*..., *op. cit.*, 772).

²⁷ Esta interpelación parte previamente de considerar y advertir el Juzgado remitente al TJUE que la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha reiterado, en numerosas sentencias, que la «exclusión» prevista en el artículo 4.2 de la Directiva 93/13/CEE, como norma armonizada, ha sido plenamente transpuesta al ordenamiento jurídico español, por lo que no es procedente que el juez nacional realice un control judicial de precios; así como de considerar que no existe en el ordenamiento jurídico español norma jurídica que permita o dé cobertura, con carácter general, a dicho control judicial de precios, incluida la propia Ley de Represión de la Usura de 1908, y, además, que no se ha entrado a valorar la posible falta de transparencia de la cláusula que determina el precio del crédito al consumo (*vid.*, STS núm. 660/2020, de 10 de diciembre).

²⁸ Así, entre otros, CASTILLO MARTÍNEZ, C. del C. (2020). Doctrina legal sobre el crédito *revolving*..., *op. cit.*, 772-773; y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (2020). Los créditos rotativos o *revolving*, *op. cit.*, 59-63.

1.6. Responsabilidad civil

Responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad por el fallecimiento de personas dependientes

Civil liability of seniors residential care centres for the decease of dependent persons

por

ESTHER MONTERROSO CASADO

*Profesora titular de Derecho civil
Universidad a Distancia de Madrid*

RESUMEN: En este artículo se realiza un análisis de cómo se delimita la imputación de responsabilidad civil de las residencias de la tercera edad cuando se produce el fallecimiento de una persona dependiente derivado de la actuación u omisión de su personal o de la propia organización del centro. Para ello, se parte de la diferenciación existente en la regulación legal del régimen de responsabilidad en los centros privados y públicos. A continuación, se analizan los criterios de imputación de la responsabilidad de las residencias privadas recogidos en la STS de 11 de marzo de 2020, conforme a la omisión de la diligencia debida y la desatención de los deberes de cuidado, la vulneración de la normativa de consumidores y usuarios, y la pérdida de oportunidad. El estudio finaliza con el estado actual de la cuestión durante la Covid en 2020.

ABSTRACT: *This article analyzes how has been delimiting the imputation of civil responsibility of the residences when there is a decease of a dependent person derived from the action or omission of its personnel or of the center's organization. For this, it starts from the existing differentiations in the legal regulation of the liability system in private and public centers. Next, the criteria for imputation of the responsibility of the residence are analyzed in the STS of March 11, 2020 in accordance with the omission of due diligence and inattention of the duties of care, the infringement of the regulations of consumers and users, and the loss of opportunity. The study ends with the current state of affairs during the Covid in 2020.*

PALABRAS CLAVE: Residencias. Negligencia y deber de diligencia. Responsabilidad civil. Consumidores y usuarios. Pérdida de oportunidad.

KEY WORDS: *Residential care centres. Malpractice and duty of diligence. Civil liability. Consumers and users. Loss of opportunity.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD: 1. LA RESPONSABILIDAD POR FA-

LLECIMIENTO EN LAS RESIDENCIAS PRIVADAS. 2. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN RESIDENCIAS PÚBLICAS.—III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO CONFORME A LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020: 1. LA OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA DESATENCIÓN DE LOS DEBERES DE CUIDADO. 2. LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS. 3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.—IV. EL FALLECIMIENTO DE MAYORES EN RESIDENCIAS DURANTE LA COVID EN 2020.—V. CONCLUSIONES.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad, como consecuencia de un constatado aumento del envejecimiento de la población española, existen más de trescientas mil personas mayores de 65 años de edad en residencias de la tercera edad, con una mayor presencia de los grupos de edad muy avanzada¹, que sufren un deterioro físico o mental, y por lo tanto un mayor riesgo en su salud, precisando de una atención y cuidados especializados. Durante las próximas décadas, el envejecimiento que experimentará la población española conllevará un incremento de la demanda de estos servicios.

La diligencia en la atención prestada constituye el motivo principal por el que las familias entablan una reclamación y, en su caso, una demanda debido a que el nivel de diligencia exigido, cuando se está abonando unos importantes costes por este servicio, incrementa la exigencia de cuidado de sus seres queridos. Y es que el infortunio de que una persona mayor sufra un accidente y fallezca no se percibe del mismo modo cuando vive en su domicilio de manera independiente o en el de otros miembros de la familia que cuando se abona una cuota a un centro residencial por su supervisión y cuidado. Máxime cuando, en muchos casos, dichas personas mayores dependientes, receptores de estos servicios, pueden tener su capacidad de obrar y su autonomía restringida.

Si analizamos las resoluciones de los tribunales, las demandas a residencias son relativamente poco comunes, pero van en aumento debido al incremento de ese nivel de diligencia y al mayor número de accidentes, consecuencia correlativa al cada vez mayor número de sujetos que viven en estas instalaciones. En el 2020, la COVID-19 ha puesto de manifiesto las deficiencias en la supervisión de las residencias de ancianos por parte de la administración y cómo la aplicación efectiva de la regulaciones sanitarias y asistenciales han resultado, en muchos casos, ineficaces, poniendo en evidencia a numerosas residencias al detectarse graves errores en la atención y el cuidado. Cabe resaltar, además, que estos déficit afectan de manera significativa a las mujeres que son las usuarias en mayor medida de estos centros (aproximadamente el 70 % de los residentes son mujeres², debido al porcentaje de mortalidad más tardía respecto a los hombres).

De este modo, podemos observar que el análisis de la negligencia en la atención asistencial y sanitaria constituye una temática relevante de necesario objeto de estudio. Las cuestiones actuales con las que se están enfrentando las residencias de la tercera edad obligan a evaluar la diligencia exigible al personal que desarrolla su actividad en ellas, los recursos disponibles, la generación de riesgos y la imputación de la responsabilidad a los distintos actores involucrados en estos servicios. Este artículo abordará la responsabilidad civil en los litigios de estas residencias de mayores con el objetivo de ayudar a esclarecer los criterios de imputación.

II. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DE LAS RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD

Los centros residenciales son «establecimientos destinados al alojamiento temporal o permanente, con servicios y programas de intervención adecuados a las necesidades de las personas objeto de atención, dirigida a la consecución de una mejor calidad de vida y a la promoción de su autonomía personal»³. Estos centros pueden ser de titularidad pública o privada, y realizan su actividad asistencial a través de un número de actores: directivos, médicos, personal de enfermería, gerocultores, trabajadores social, personal cuidador, personal auxiliar o personal de atención indirecta (personal de limpieza, cocina, lavandería, administración y mantenimiento), entre otros. Por ese motivo, debemos analizar el régimen de responsabilidad aplicable a las residencias de personas mayores y la responsabilidad generada por hecho ajeno. Para ello, es importante distinguir, en primer lugar, si nos encontramos ante una residencia pública o privada.

1. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN LAS RESIDENCIAS PRIVADAS

La estancia en un centro residencial se regula por un contrato de prestación de servicios. Mediante cláusulas contractuales se suele determinar el contenido de la prestación y de los servicios de residencia, con el alcance y delimitaciones de su cumplimiento, que incluso puede variar en función de las circunstancias personales del residente⁴. Por lo tanto, a las residencias privadas les resulta de aplicación el contrato suscrito entre el centro y el residente o sus familiares, generando responsabilidad contractual cuando el daño se produce a través del mismo (STS, Sala de lo Civil, 24 de abril de 2009). La acción de responsabilidad contractual, derivada de la vulneración del artículo 1101 del Código civil, procede si la inobservancia e incumplimiento se deriva de la falta de realización del servicio contratado o la deficiente e incompleta ejecución de la prestación pactada en las condiciones previstas, y sujetas a las reglas de temporalidad, identidad e integridad.

Ese incumplimiento contractual generalmente se enmarca en el ámbito del arrendamiento de servicios. No obstante, nos encontramos ante un contrato complejo, pues comprende multitud de prestaciones, no solo el alojamiento y la alimentación, sino que también se suelen incluir la atención médica y sanitaria, o la realización de actividades recreativas y culturales.

En el supuesto de que el daño sea debido a una negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato, desplegará sus efectos propios la responsabilidad aquiliana, pero en todo caso ambas no resultan incompatibles, resultando de aplicación el artículo 1902 del Código civil, que establece la imputabilidad jurídica del hecho dañoso causado por culpa o negligencia. Por otro lado, hay que tener en cuenta que también podría surgir una responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, consagrada en el artículo 1903, en su párrafo cuarto, por los daños causados por sus dependientes en la función o servicio en el que están empleados, que cesará cuando emplearon toda la diligencia de un «buen padre de familia» (una buena empresa residencial) para prevenir el daño. En tal caso, se impone el peso de la prueba de dicha negligencia al demandante, que deberá probar la culpa propia del titular de la residencia o la ajena del empleado causante del daño. Y, en consecuencia, quedará exonerado de responsabilidad si prueba que utilizó la diligencia de una «buena empresa residencial»

para evitar el daño. No obstante, debe tenerse en cuenta la existencia de una tendencia objetivadora de esta responsabilidad empresarial, interpretada por los tribunales, aproximándola a una responsabilidad fundada más en el riesgo (STS, Sala Civil, de 18 de julio de 2005). Por otro lado, si el daño ha sido causado por un representante de la sociedad, entonces respondería la empresa por actos propios⁵. Téngase en cuenta que, además, de la responsabilidad de la empresa, también sería posible el ejercicio de la acción de responsabilidad de los administradores societarios (arts. 236 y sigs. del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital) como consecuencia de actuaciones culposas o ilícitas, al tener encomendada la gestión y representación de una sociedad, participando directamente en la toma de sus decisiones.

2. LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO EN RESIDENCIAS PÚBLICAS

Los sujetos que acceden a las residencias públicas o concertadas no suelen hacerlo mediante un contrato, sino mediante una solicitud de valoración de grado y nivel de dependencia, y se establece un plan individual de atención de la necesidad de un centro residencial⁶. No obstante, en el caso de formularse un contrato, debemos recordar que quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Por otro lado, es preciso advertir que el ingreso en la residencia se debe consentir por la persona que ha de ingresar. Si no tuviera capacidad para ello hará falta el consentimiento de su representante legal o guardador de hecho, y si no es posible el director deberá comunicar al juez el hecho del acogimiento. Ahora bien, cuando el internamiento se realiza por razón de trastorno psíquico de una persona que no se encuentre en condiciones de tomar esa decisión por sí misma, aunque esté sometida a la curatela, se requiere previamente autorización judicial, salvo que por razones de urgencia fuera precisa la inmediata adopción de la medida (art. 763 LEC)⁷.

Respecto a la normativa aplicable, además de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, existe una abundante normativa autonómica aplicable en la prestación de estos servicios⁸. En el caso de que se produzca un fallecimiento, u otro daño, como consecuencia del servicio prestado, al tratarse de un servicio público, resultaría de aplicación el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece los presupuestos para que surja una responsabilidad patrimonial, en los siguientes términos: «Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». Por lo tanto, tendrá derecho al resarcimiento cuando sufran un daño, que no tienen el deber jurídico de soportar (por constituir un daño antijurídico), producido como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de este servicio público, y exista una relación de causalidad entre ambos y, por lo tanto, excepcionando los casos de fuerza mayor.

De este modo, cuando la titularidad de la residencia sea pública, nos encontramos ante una responsabilidad patrimonial de la Administración, y de sus autoridades y demás personal a su servicio, que será objetiva y directa, como señala nuestra jurisprudencia. A tal efecto, sirva de ejemplo, la Sentencia del

Tribunal Supremo, Sección 4.^a, de 22 septiembre de 2010, que establece que «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas es una responsabilidad objetiva que deriva del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, en consecuencia, no son de aplicación para que la misma se declare los preceptos del Código civil que en los motivos se citan como infringidos, artículos 1902, 1903, 1101 y 41 de ese cuerpo legal». En virtud de lo expuesto, la Administración responde por los daños ocasionados en la gestión de esas residencias públicas⁹, sin que sea precisa una imputación de la culpa a su personal, siendo preciso probar la existencia de una causalidad material del daño y que no se deba a la existencia de fuerza mayor (que implicaría una ruptura del nexo causal). Y con una matización, que no suprime, pero sí gradúa, la objetividad, según la cual no se indemnizan los daños derivados de hechos que no pudieron preverse o evitarse en el momento de su producción, según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Del mismo modo, tampoco se indemnizan los daños producidos a un particular que tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. Esta antijuricidad exigida en el daño ocasionado por el funcionamiento del servicio es suficiente con que rebase «los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social» (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a, de 23 de marzo de 2000). Esta cuestión, como veremos en el último epígrafe, ha originado un debate social tras los miles de fallecimientos por Covid en las residencias.

Además, resulta relevante el plazo de prescripción de la acción en función del régimen de responsabilidad en el que nos encontremos, que será de un año en la responsabilidad patrimonial (art. 67.1 de la LRACAP) y en la responsabilidad civil extracontractual (art. 1968 del CC), y de cinco años si se reclama a la residencia por incumplimiento contractual (art. 1964.2 del CC). En el caso de fallecimiento del residente, el *dies a quo* de este plazo se iniciará desde el fatal desenlace.

III. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR FALLECIMIENTO CONFORME A LA STS DE 11 DE MARZO DE 2020

La Sentencia del Tribunal Supremo, sentencia 171/2020, de 11 de marzo de 2020, Sala de lo Civil resuelve el recurso de casación 3296/2017, relativa al fallecimiento de una residente en una residencia geriátrica privada por la indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, realiza un análisis de los requisitos precisos para que se origine la responsabilidad en estos casos.

Se destacan como hechos relevantes para el enjuiciamiento del caso que la fallecida, de 77 años de edad y ceguera de un ojo y escasa agudeza visual del otro, ingresó en la residencia, que gestiona la entidad demandada Residencias Familiares para Mayores S.L., mediante un contrato en el que abarcaba el régimen de pensión completa, alojamiento y atención sanitaria. La residente falleció por infarto agudo de miocardio, cuando se encontraba sola en el jardín del centro, siendo vista una hora o dos antes por el personal, y localizada una hora después del desafortunado desenlace. Como consecuencia de estos hechos, su hija interpuso demanda de juicio ordinario ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Marbella, condenándose a la residencia al pago de una indemnización por el fallecimiento de su madre. El Juzgado tuvo en consideración la imposibilidad de la fallecida para desplazarse sin ayuda, por su falta de visión, y estimó que la falta de atención médica, por hallarse sola, impidió que se le pudiera salvar la vida.

Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5.^a, dictó Sentencia, en fecha 21 de junio de 2017, estimando el recurso formulado por la residencia, revocando la resolución y absolviendo a la misma. La Audiencia en su razonamiento entiende que no se acreditó relación causal entre esta situación y la causa de su muerte, debido a la ausencia de prueba de que el infarto lo fuera como consecuencia de una caída, falta de alimento, deshidratación, falta de asistencia sanitaria o bien que sobreviniera por encontrarse sola, sin que pudiera descartarse en absoluto que se produjera de forma espontánea debida a la edad y patologías propias de la misma, no pudiéndose afirmar que, si hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto, se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. En definitiva, se concluye el fallecimiento por causas naturales, sin que existiera prueba de que se debiera a una falta de atención o de cuidado, ni tampoco de la existencia de nexo causal entre la asistencia prestada y la causa del fallecimiento.

Dicha sentencia fue recurrida en casación por tres motivos: (1) de una parte, por infracción del artículo 1104 del Código civil y la jurisprudencia que lo desarrolla; (2) por otro lado, por la vulneración de los artículos 26 y 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicables a la fecha del siniestro (actuales artículos 147 y 148 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios); y (3), en último lugar, por infracción del artículo 1104 del Código civil en relación con la doctrina de la «pérdida de oportunidad». El Tribunal Supremo confirma la sentencia apelada y desestima el recurso de casación, si bien antes examina los presupuestos que pueden dar lugar a la existencia de responsabilidad civil de las residencias, que analizaremos a continuación: la omisión de la diligencia debida y la desatención de los deberes de cuidado; la vulneración de la normativa de consumidores y usuarios; y la pérdida de oportunidad.

1. OMISIÓN DE LA DILIGENCIA DEBIDA Y LA DESATENCIÓN DE LOS DEBERES DE CUIDADO

En el caso enjuiciado por la STS, Sala Civil, de 11 de marzo de 2020, el primer análisis se fundamenta en la infracción del artículo 1104 del Código civil, en la existencia de culpa o negligencia y en la inaplicación de los parámetros jurisprudenciales de dicha responsabilidad. Bajo esta premisa, el Alto Tribunal entra a valorar la exigencia de culpa, así como la exigencia de la carga de la prueba, para actividades que no generan riesgo. El Tribunal Supremo recuerda el indiscutible retorno jurisprudencial, en virtud a lo establecido en los artículos 1902 y 1101 del Código civil, «a la constatación de la culpa como fundamento de la responsabilidad civil tanto contractual como extracontractual». De este modo, no acepta la consideración de la recurrente de que la responsabilidad civil camine hacia soluciones que prescindan, en mayor o menor grado, del componente subjetivo de la culpa, ante la exigencia social de dar satisfacción a la víctima, acercándose así al establecimiento de una responsabilidad cuasi-objetiva, que se aparta de los condicionantes de una responsabilidad civil subjetivista con exigencia de una probanza clara y directa de un nexo de causalidad entre la actuación u omisión del agente y la producción del daño. En este sentido, recuerda la doctrina jurisprudencial de la exigencia de culpa bajo tres premisas: (1) La responsabilidad subjetiva, por culpa, solo se excepciona por ley. (2) El carácter anormalmente peligroso de una actividad puede justificar la inversión de la carga de la prueba

y, por lo tanto, la necesidad de acreditar la falta de culpa. (3) Para el resto de actividades, en aplicación del artículo 217 LEC, es al perjudicado que reclame a quien compete la carga de la demostración de la culpa del demandado.

A tal efecto, cita como paradigmática la STS de 18 de marzo de 2016, cuya doctrina es reiterada por las SSTS de 17 de diciembre y de 18 de diciembre de 2019, en la que se señala que: «Se requiere, además, la concurrencia del elemento de la culpa (responsabilidad subjetiva), que sigue siendo básico en nuestro Derecho positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1902 Código civil, el cual no admite otras excepciones que aquellas que se hallen previstas en la Ley. El mero hecho de que se haya producido el resultado dañoso, realización del riesgo creado, no puede considerarse prueba de culpa —demostración de que “faltaba algo por prevenir”—, puesto que ello equivaldría a establecer una responsabilidad objetiva o por el resultado, que no tiene encaje en el artículo 1902 del Código civil».

Por lo tanto, se insiste en que nuestra jurisprudencia descarta las soluciones objetivistas para supuestos no previstos expresamente en la ley, que erijan el riesgo como fundamento de la responsabilidad y que generalicen la inversión de la carga de la prueba. Dichos criterios se recogen también en la STS de 5 de abril de 2010, cuya doctrina se plasma en otras más recientes como la STS de 24 de mayo de 2018 y STS de 17 de diciembre de 2019, entre otras, en la que se indica que: «La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del Código civil (SSTS de 6 de septiembre de 2005, 17 de junio de 2003, 10 de diciembre de 2002, 6 de abril de 2000 y, entre las más recientes, 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006) y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La jurisprudencia no ha aceptado una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando este está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole (STS de 2 de marzo de 2006)».

A continuación, el Alto Tribunal entra a valorar si la actividad de una residencia de mayores es constitutiva de un riesgo que requiera de dicha interpretación jurisprudencial de inversión de la carga de la prueba, concluyendo que «la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, sin que ello signifique, claro está, el cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de tales servicios». Y, en este sentido, considera que dentro de esta diligencia «no se puede comprender la exorbitante obligación de observar a los residentes, sin solución de continuidad, las 24 horas del día, cuando no se encuentran en una situación de peligro, que exija el correspondiente control o vigilancia o la adopción de especiales medidas de cuidado».

Considera el Supremo que no resultaría de aplicación en este caso la resolución contenida la STS de 23 de febrero de 2006, al no existir identidad de razón (al no sufrir la residente ninguna enfermedad psíquica que exigiera de un especial deber de vigilancia y de riesgo) ya que, en esa resolución, se trataba de un residente con Alzheimer, al que no se le prestó una vigilancia adecuada a su estado psíquico, que causó que deambulara hasta la planta alta y se arrojara por una ventana. En dicho caso sí que se consideró que existiera negligencia de la residencia debido a que: «La obligación de guarda y asistencia de las personas

internas en el centro, que debe cumplirse teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de aquellas imponía, respecto del fallecido, una obligación de control del mismo para conocer en todo momento en qué lugar del establecimiento se encontraba y someterlo a la vigilancia adecuada a su estado psíquico. No se trataba de que una persona estuviese continuamente al lado del interno, sino de que se tuviese conocimiento, en cada momento, de donde se encontraba, de ahí que desde su habitación fuese conducido a la sala común sita en la planta baja, en la que, reconoce la propia demandada, se encontraba personal del centro vigilando a los internos que allí estaban».

En el caso enjuiciado, el hecho de que la residente, una persona de la tercera edad, sin apenas visión, se encontrara sin supervisión en el jardín, puede llevar a pensar en una falta de atención y cuidado. Tal aspecto fue puesto de relieve por el Tribunal de Primera Instancia, que partió de la base de la imposibilidad de la residente para desplazarse sin ayuda, debido a la ceguera total del ojo izquierdo y a la escasa visión del ojo de derecho, y que la falta de atención médica, al encontrarse sola, impidió que se le pudiera salvar la vida. Ahora bien, es preciso distinguir esa falta de diligencia con el hecho de que la misma pudiera relacionarse causalmente con el fatal acontecimiento. Y es en este punto, y no tanto en el anterior, donde la resolución de nuestro Alto Tribunal parece más certera al no haber quedado probado que el fallecimiento se debiera a otra causa que no fuera la muerte natural y no accidental, ni que el jardín constituyera un lugar de riesgo (cuestión distinta, obviamente, es si el fatal desenlace hubiera estado vinculado a una caída o un golpe) ni que tuviera patologías cardiovasculares previas. Por lo tanto, considero que el hecho relevante hubiera sido determinar si el resultado dañoso, es decir, el fallecimiento, se hubiera producido igualmente si hubiera existido supervisión (control visual) por parte de los empleados.

El Supremo desestima este motivo del recurso al entender que, mediando una relación contractual, no existió culpa ni infracción del artículo 1104 en relación el artículo 1101, es decir, por el incumplimiento o cumplimiento negligente de las obligaciones surgidas de una relación contractual (SSTS de 16 de noviembre de 2016, de 31 de enero de 2019 y de 28 de mayo de 2019). En virtud de lo expuesto, recoge en su razonamiento la doctrina jurisprudencial contenida en la STS de 8 de mayo de 2008, que señala que: «Esta Sala ha declarado reiteradamente que la reparación indemnizatoria que deriva de la observancia del artículo 1101 viene condicionada a una doble contingencia: la demostración de los daños y perjuicios, cuya existencia y prueba es una cuestión de hecho, y la atribución de su comisión a un quehacer doloso, negligente o moroso, es decir, a una conducta culposa entendida en sentido amplio (por todas, STS de 29 de septiembre de 1994)».

El Alto Tribunal resuelve esta cuestión sobre la base de la inexistencia de culpa como fundamento de la responsabilidad civil extracontractual como contractual (por el incumplimiento o cumplimiento negligente), pero sin entrar a delimitar los supuestos en los que se origina una u otra. A tal efecto, sería preciso señalar que surgirá la responsabilidad contractual cuando «la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial» (STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991). Precisamente, el hecho de que se abone una cuota por una plaza en la residencia posibilita la acción de responsabilidad contractual por los daños derivados precisamente del incumplimiento de dicho contrato, en el que puede incluirse la vigilancia, la seguridad o la falta de asistencia sanitaria debido a la obligación de custodiar y cuidar a los residentes para evitar que sufran daños, máxime

cuando se trata de personas mayores dependientes en la mayoría de los casos. De este modo, cabe entender que estas obligaciones son accesorias y el deber de seguridad se extiende a la propia prestación residencial, lo que llevaría a entender que el deber de diligencia se incrementa aún más cuando nos encontramos con personas que sufren un trastorno o deterioro físico o mental. En este sentido, la SAP de León, Sección 3.ª, de 18 de abril de 2008 establece la responsabilidad de la residencia por incumplimiento del deber de vigilancia de un anciano, bajo modalidad de persona asistida, que fallece tras escaparse de la residencia ante la ausencia de medidas de seguridad. Del mismo modo, la SAP de Barcelona, Sección 11.ª, de 1 de febrero de 2012 imputa la responsabilidad a la residencia por falta de supervisión de las normas del centro, al causar una colilla mal apagada en una habitación que ocasionó el fallecimiento del compañero de habitación del fumador¹⁰. También la SAP de Málaga, Sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2013 condena al centro por culpa *in vigilando, in omittendo o in eligendo*, si bien se trataba de una paciente mental ingresada en un centro médico que, tras la decisión de retirada de medidas de contención mecánica y aprovechando la falta de vigilancia, se fuga y se arroja desde un tejado, sufriendo lesiones de especial gravedad. Los tribunales, en algunos casos, han considerado que existía una concurrencia de culpas junto a la del residente, como en el caso enjuiciado por la SAP de Toledo, Sección 1.ª, de 3 de octubre de 2002 por el fallecimiento de la víctima alojado en una residencia de la tercera edad que, en pleno uso de sus facultades mentales, se introduce en el edificio en obras anexo, estableciendo una responsabilidad compartida en un 50% con la residencia, en este caso por no velar porque la valla de separación estuviera debidamente colocada.

Además de esa responsabilidad, los tribunales, en ocasiones, también han apreciado la existencia de una responsabilidad por culpa extracontractual de los directores de la residencia, al habérseles reclamado responsabilidad de conformidad con el artículo 1902 del Código civil, al considerar su actuación negligente. Resulta ilustrativa la SAP de Madrid, Sección 9.ª, de 19 septiembre de 2012, que establece la responsabilidad extracontractual de la titular de la residencia y también de la directora, aplicando los artículos 1902 y 1903 del Código civil, en el accidente de la anciana que, tras salir de la residencia es arrollada por el tren, aprovechando que la puerta se encontraba sin el candado que impedía abrirla. La Audiencia estima probado que el personal conocía el estado psíquico y físico real de la anciana (aunque no se encontrara incapacitada ni constaran en el contrato de ingreso mayores limitaciones físicas o psíquicas) y de los peligros de su eventual salida, por lo que «el descuido de dejar la puerta sin candado y con posibilidad de ser abierta por cualquiera, así como el fallo en la vigilancia se erigen como causas eficientes del posterior accidente ferroviario y de su letal resultado». En este caso, también se hubiera podido reclamar una responsabilidad contractual, en la línea de lo anteriormente argumentado.

2. LA VULNERACIÓN DE LA NORMATIVA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

El segundo de los motivos de casación se construye sobre la base de la vulneración de los artículos 26.2 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de Consumidores y Usuarios (hoy arts. 147 y 148 del Texto Refundido aprobado por RDL 1/2007).

Antes de entrar en su análisis, hay que tener en cuenta que la posible consideración de las residencias como centros sanitarios permite la aplicación de esta

normativa, y, por lo tanto, la posibilidad de aplicar el capítulo tercero relativo a la protección de la salud y seguridad, así como el libro tercero sobre responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos a los supuestos de responsabilidad médica y sanitaria. Ello tiene incidencia en relación a las exigencias de la información previa suministrada, la interpretación de las cláusulas del contrato o en la imputación de la responsabilidad del prestador del servicio por los daños causados. Además, un aspecto, sin duda, relevante es el de la carga de la prueba, siendo la prestataria la que deba acreditar el cumplimiento del cuidado y de la diligencia exigida conforme a la naturaleza del servicio.

No deberíamos poner en duda la condición de consumidor de la persona que concierta contrato con la residencia (sea esta pública o privada) en la que se incluye también la atención sanitaria¹¹. La razón estriba en que el Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios en su Anexo II, en su definición de centro sanitario, en el apartado C.3, comprende: «Servicios sanitarios integrados en una organización no sanitaria: servicios que realizan actividades sanitarias pero que están integrados en organizaciones cuya principal actividad no es sanitaria (prisión, empresa, balneario, residencia de tercera edad,...)». No obstante, es importante tener clara la distinción entre la protección de los consumidores y usuarios en los servicios médicos sanitarios, que exige una adecuada organización de los mismos, y la responsabilidad civil extracontractual del profesional (gerocultores, médicos, enfermeros, auxiliares), que se establece en virtud de la *lex artis* conforme a la responsabilidad general del Código civil. En este sentido, tal y como establece la STS de 3 de julio de 2013, la responsabilidad fundada en la Ley de Consumidores y Usuarios únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios.

El Alto Tribunal no cuestiona la posibilidad de la aplicación de tales preceptos, pero pone de manifiesto que requiere constatar la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el resultado producido. Y es en este ámbito donde marca una diferencia respecto a que la atención que se dispensaba a la residente no era la propia de un centro hospitalario, en el tratamiento de un proceso patológico que requiriese asistencia médica y en la que se hubiera producido un déficit funcional u organizativo, generador de un daño en el patrimonio biológico del paciente (como sucede en las SSTs de 1 de julio de 1997, 5 de enero de 2007 y 24 de mayo de 2012 invocadas en el recurso). Además, aclara que no es suficiente la existencia de daño, sino que es preciso la constatación de una relación de causalidad entre la prestación realizada y ese resultado, y que no se hayan dispensado los servicios sanitarios «con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario». Y para fundamentar su pronunciamiento, trae a colación las SSTs de 6 de febrero de 2009, que precisamente desestima el recurso de casación fundado en la LGDCU, toda vez que no se había «acreditado el nexo causal efectivo entre el daño y una concreta actividad proyectada sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario [...] puesto que se pusieron a disposición del paciente todos los medios que tenía a su alcance la institución sanitaria pese a lo cual se produjo su fallecimiento»; de 23 de octubre de 2008 debido a que el fallecimiento no estaba relacionado con el servicio sanitario que le fue prestado; o la de 15 de noviembre de 2007, respecto a la necesidad del acreditar el nexo causal, al

señalar que «la apreciación de una responsabilidad derivada del funcionamiento del servicio exige la concurrencia del nexo causal, en su doble vertiente, fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el referido funcionamiento del servicio».

De este modo, se desestima también este motivo del recurso por falta de relación de causalidad, al entender que «la muerte de la madre de la actora no se produjo como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia sanitaria, sino por una causa natural», y que, además, no es posible sostener que si hubiera estado acompañada al sobrevenirle el infarto se le hubiera podido facilitar una asistencia que evitase su muerte. Tampoco considera el Alto Tribunal que las patologías de la víctima podían evidenciar ese riesgo, y la necesidad de una asistencia continua y constante. De este modo, concluye que no es posible imputar jurídicamente el daño a la residencia por un incumplimiento contractual culposo.

3. LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

El último de los motivos de casación se fundamenta en la doctrina de la pérdida de la oportunidad con la que hubiera hipotéticamente contado la residente si el infarto lo hubiera padecido hallándose presente el personal del centro. Debemos recordar que el daño por falta de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a su resarcimiento cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado.

Y, en este sentido, el Tribunal Supremo no posibilita la aplicación de esta doctrina, reservada en los supuestos de indeterminación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el resultado producido, al considerar que no resulta jurídicamente imputable la muerte natural de la residente al personal ni a la organización de la residencia de la tercera de edad, al no estimar que existiera omisión de la diligencia debida y desatención de los deberes de cuidado requeridos por los servicios prestados.

No obstante, hubiera sido acertado matizar que, aunque pudiera existir una omisión en la falta de supervisión, debido a la ausencia de agudeza visual de la víctima, no se habría probado la relación causal con el hecho de su muerte.

IV. EL FALLECIMIENTO DE MAYORES EN RESIDENCIAS DURANTE LA COVID EN 2020

Para valorar la posibilidad de responsabilidad de las residencias durante la COVID en 2020 es relevante traer a colación el régimen de responsabilidad que hemos analizado. Si nos encontramos ante una residencia de titularidad pública, el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público excluye la responsabilidad patrimonial en los supuestos de fuerza mayor, pero la cuestión a dilucidar no es si dicha pandemia constituye una causa extraña y ajena al funcionamiento de los servicios públicos, sino si, a pesar de la existencia de un estado de alarma por la situación sanitaria, se adoptaron las medidas preventivas adecuadas para evitar la extensión de la enfermedad y su correcta gestión para proporcionar a las víctimas el tratamiento médico existente (atendiendo al estado de la ciencia) y con los medios existentes. Todo ello, sin entrar a valorar la responsabilidad patrimonial del Estado a la

hora de aprobar medidas de prevención por las correspondientes autoridades sanitarias y si constituía un riesgo cierto y conocido tras las declaraciones previas de la OMS, y sin que no fuera hasta mayo de 2020 cuando el Gobierno publicó la Orden SND/422/2020, en la que declaraba la obligatoriedad del uso generalizado de mascarillas para reducir la transmisión comunitaria del SARS-Cov2., no es objeto de este análisis si las Administraciones pudieron mitigar los efectos de la pandemia (no solo a la población en general, en estos colectivos), sino la responsabilidad por la gestión de las residencias conforme a los medios disponibles, teniendo en cuenta que los protocolos diseñados por el gobierno resultaban, en muchos casos, de difícil aplicación en residencias, al no funcionar como hospitales¹²¹².

En estos casos, entiendo que se deberían analizar las actuaciones concretas de cada residencia, tanto de titularidad pública como privada, para poder valorar el adecuado funcionamiento del servicio residencial. Para ello, se deberá analizar las acciones u omisiones llevadas a cabo en cada residencia, tomando en consideración el distinto régimen de responsabilidad y prueba en el caso del funcionamiento de un servicio público cuando la misma sea gestionada por la Administración, y la imputación de la responsabilidad conforme a los estándares exigidos de diligencia en el caso de una residencia de titularidad privada. En este último caso, bajo las premisas analizadas en la STS de 11 de marzo de 2020, que recuerda la existencia de una responsabilidad subjetiva, por culpa, para estos casos, y que las residencias de la tercera edad no constituyen una actividad anormalmente peligrosa que genere una inversión de la carga de la prueba, por lo que deberán ser los familiares del fallecido los que deban demostrar la culpa, que obviamente llevará aparejado el obligado cumplimiento de los deberes de diligencia y cuidado que exige la prestación de estos servicios residenciales. Además, sería relevante advertir que esa negligencia debe guardar una relación causal con el daño ocasionado. Precisamente, el Alto Tribunal descarta la aplicación de los preceptos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios relativos a la responsabilidad por los daños y perjuicios en la prestación de servicios con los niveles exigibles de eficacia o seguridad para el consumidor o el usuario, si no existe una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el fallecimiento, como en el caso enjuiciado, en el que considera que tuvo su origen una causa natural y que, por lo tanto, no se produjeron los daños ni una pérdida de oportunidad como consecuencia de una indebida prestación de los servicios de la residencia.

Por lo tanto, en el caso del coronavirus, podría imputarse la responsabilidad, conforme a dichas premisas, si el fallecimiento tuvo como causa la deficiente gestión y organización de la residencia (que incluirían la falta de cuidado, de traslado a centros hospitalarios de enfermos graves, de aislamiento, incumplimiento de protocolos, entre otros) o, al menos, una pérdida de oportunidad si se hubieran adoptado las medidas oportunas, como podría ser el acceder a una atención médica. Siempre, conforme a la situación existente en el momento concreto ya que la situación de crisis sanitaria fue diferente en las distintas olas y periodos de la pandemia (saturación de hospitales, desabastecimiento de respiradores, Ucis colapsadas, tratamientos en fase de experimentación hasta la posterior vacunación a este colectivo). En el caso de que quedara acreditada una actuación negligente causantes o concurrentes al daño, se podría también ejercitar una acción directa contra la aseguradora de la responsabilidad civil de la residencia, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, que responderá en la misma medida.

V. CONCLUSIONES

Los fallecimientos en las residencias de la tercera edad por falta de atención, vigilancia, seguridad o asistencia sanitaria constituye un grave problema que pone en entredicho la eficacia del sistema de protección a las personas dependientes. Este hecho está generando un gran impacto social, al haberse constatado en el último año numerosos casos de omisiones en el cuidado, la asistencia y la atención sanitaria prestada a estas personas en la transmisión y el tratamiento del SARS-Cov2 (que ha ocasionado hasta la fecha casi 30 000 fallecimientos solo en residencias)¹³.

Para imputar la responsabilidad a las residencias por el fallecimiento de un residente debe distinguirse los distintos sistemas de responsabilidad, examinar los presupuestos precisos y su carga de la prueba, en función de la titularidad pública o privada de la misma.

De este modo, se ha analizado la responsabilidad patrimonial de la Administración cuando la residencia es pública y la necesidad de que el daño antijurídico le sea imputable por el funcionamiento del servicio público para el resarcimiento del daño, excluyendo de la misma los supuestos de fuerza mayor.

Respecto a la titularidad de la residencia privada, la STS de 11 de marzo de 2020 (dictada al inicio de la pandemia y sin que tuviera ocasión de aludir a la situación de crisis sanitaria) ha puesto de relieve que la gestión de una residencia de la tercera de edad no constituye una actividad anormalmente peligrosa, por lo que no debe aplicarse una inversión de la carga de la prueba. Por lo tanto, rige el criterio de la culpa, que exige probar el incumplimiento de los deberes de diligencia en la prestación de dicho servicio por parte del reclamante. No obstante, al incluirse en estos servicios la atención sanitaria, se admite la posible aplicación de los artículos 147 y 148 de la Ley General de Consumidores y Usuarios, que implicaría una inversión de la carga de la prueba, siendo la residencia la que deba acreditar el cumplimiento del cuidado y de la diligencia exigida conforme a la naturaleza del servicio. Cuestión distinta es que en el caso enjuiciado no admita la aplicación de tales preceptos, al considerar que no ha quedado probado la existencia de una relación de causalidad entre la prestación del servicio y el fallecimiento de la residente, y que no se hayan dispensado el servicio con los niveles exigibles de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, que supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

Por otro lado, del análisis efectuado en otras resoluciones dictadas por nuestros tribunales, se deduce un elevado deber de diligencia en el cumplimiento de los deberes de atención, cuidado, seguridad y organización en la prestación de tales servicios, valorando, además, las circunstancias concretas y el deterioro físico, psicológico y de salud del sujeto residente, para evitar riesgos que puedan poner en peligro su integridad y un fatal desenlace. Téngase en cuenta que un residente en estas instalaciones necesita atención y supervisión conforme a sus condiciones físicas, su capacidad cognitiva y su dependencia, que puede encontrarse alterada como consecuencia de enfermedades y de la propia edad, y que pueden también afectar a la conciencia de su propia seguridad. Por dicha razón, en el caso de un accidente, no debería ser posible la exoneración de responsabilidad de la residencia alegando la existencia de estas circunstancias preexistentes.

La exigencia de control y cuidado por parte de la residencia incluye el cumplimiento de la normativa aplicable a las residencias en esta materia, así como de los protocolos de registro y documentación tanto de la historia clínica como de

la evaluación del cuidado personal y deambulaci3n para evitar riesgos de caídas, así como la adecuada organizaci3n del centro, que cuente con suficiente recursos materiales y personal capacitado, adem1s de cualquier otra medida que posibilite la disminuci3n de los riesgos a la poblaci3n vulnerable que se encuentra en las residencias (con una gran proporci3n de mujeres, lo que posibilitarí3 un análisis en raz3n de género sobre su protecci3n).

Por último, para imputar la responsabilidad a la residencia es preciso resaltar la exigencia de la relaci3n causal entre el incumplimiento y el daño. En este sentido, hay que diferenciar la suficiente adopci3n de medidas de atenci3n y cuidado, conforme a las circunstancias particulares del residente, y la relaci3n de causalidad entre dicha omisi3n y el daño ocasionado, sea una lesi3n o su fallecimiento.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 2020
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de diciembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de diciembre de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 28 de mayo de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 31 de enero de 2019
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2018
- STS, Sala de lo Civil, de 16 de noviembre de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de marzo de 2016
- STS, Sala de lo Civil, de 3 de julio de 2013
- STS, Sala de lo Civil, de 24 mayo de 2012
- STS, Secci3n 4.ª, de 22 septiembre de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 5 abril de 2010
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2009
- STS, Sala de lo Civil, de 24 de abril de 2009
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 8 de mayo de 2008
- STS, Sala de lo Civil, de 15 de noviembre de 2007
- STS, Sala de lo Civil, de 5 de enero de 2007
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de septiembre de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de junio de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 2 marzo de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 2006
- STS, Sala de lo Civil, de 18 de julio de 2005
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de septiembre de 2005
- STS, Sala de lo Civil, de 17 de junio de 2003
- STS, Sala de lo Civil, de 10 de diciembre de 2002
- STS, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2000
- STS, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1997
- STS, Sala de lo Civil, de 29 de septiembre de 1994
- STS, Sala de lo Civil, de 11 de octubre de 1991

SENTENCIA DE TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC de 2 diciembre de 2010 (Pleno)

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL

- SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 5.^a, de 23 de marzo de 2000

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Málaga, Sección 5.^a, de 21 de junio de 2017
- SAP Málaga, Sección 4.^a, de 18 septiembre de 2013
- SAP de Madrid, Sección 9.^a, de 19 septiembre de 2012
- SAP Barcelona, Sección 11.^a, de 1 de febrero de 2012
- SAP León, Sección 3.^a, de 18 abril de 2008
- SAP Toledo, Sección 1.^a, de 3 de octubre de 2002

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLÁN GARCÍA, A. *et al* (2020). Una estimación de la población que vive en residencias de mayores. *Envejecimiento en red*. Disponible en <http://envejecimientoenred.es/una-estimacion-de-la-poblacion-que-vive-en-residencias-de-mayores/>.
- BARRIOS FLORES, L.F. (2012). La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. *DS: Derecho y salud*, vol. 22, núm. 1, 31-56.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2010). La relación existente entre la residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, Madrid: Colex, 151-171.
- MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. En Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MORETÓN SANZ, F. (2010). Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*. Madrid: Colex, 2010, 111-150.
- PÉREZ MONGUÍO, J.M. (2008). La responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales. En Zurita Martín. *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*. Madrid: Boch, 157-180.
- SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 6-20.

NOTAS

¹ ABELLÁN GARCÍA, A. *et al* (2020). Una estimación de la población que vive en residencias de mayores. *Envejecimiento en red*. Disponible en <http://envejecimientoenred.es/una-estimacion-de-la-poblacion-que-vive-en-residencias-de-mayores/>. En el estudio se recoge que la población de más de 80 años supone el 79% de toda la población que vive en residencias, lo que pone de manifiesto un fuerte sobre-envejecimiento y, por lo tanto, una alta probabilidad de deterioro, tanto físico como cognitivo, y un mayor riesgo ante emergencias de salud, especialmente en caso como la pandemia provocada por la COVID-19 muy ligada a la edad y al estado de salud.

² INE (2013). Censos de Población y Viviendas 2011. Población residente en establecimientos colectivos. Disponible en <https://www.ine.es/prensa/np777.pdf>

³ IMSERSO, Definición de «centros residenciales», disponible en http://www.imserso.es/imserso_01/centros/centros_personas_mayores/centros_residenciales/index.htm

⁴ LÓPEZ PELÁEZ, P. (2010). La relación existente entre la residencias asistenciales de personas mayores y los usuarios de las mismas: configuración jurídica. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*, Madrid: Colex, 151-171.

⁵ SAINZ-CANTERO CAPARRÓS, M.^a B. (2008). Imputación de daños indirectos a la empresa y objetivación de la responsabilidad civil del empresario. *Práctica Derecho de Daños*, núm. 65, 10.

⁶ Conforme a los requisitos y el procedimiento regulado por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y en sus normas de desarrollo.

⁷ No obstante, este apartado ha sido *declarado inconstitucional* por la STC de 2 de diciembre de 2010 (Pleno), ya que la garantía constitucional del artículo 17.1 CE, como derecho fundamental, alcanza a estos sujetos internados y, por lo tanto, precisa de un rango orgánico, si bien «no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material». En consecuencia, la declaración de inconstitucionalidad de ese precepto no impide su aplicación en los casos de internamientos psiquiátricos no voluntarios, de manera que precisen de control judicial previo o posterior en caso de urgente necesidad. Véase BARRIOS FLORES, L.F. (2012). La regulación del internamiento psiquiátrico involuntario en España: carencias jurídicas históricas y actuales. *DS: Derecho y salud*, Vol. 22, núm. 1, 54.

⁸ Las comunidades autónomas cuentan con una normativa específica para la prestación de estos servicios ya que la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia integran a las residencias de personas mayores en situación de dependencia (art. 5, e) en la Red de Servicios Sociales de las respectivas comunidades autónomas en el ámbito de las competencias asumidas (art. 16).

⁹ PÉREZ MONGUÍO, J.M. (2008). La responsabilidad patrimonial de la administración por los daños causados a personas mayores ingresadas en centros residenciales. En ZURITA MARTÍN. *Responsabilidad derivada del internamiento de personas mayores dependientes en centros residenciales*. Madrid: Boch, 157-180.

¹⁰ MONTERROSO CASADO, E. (2015). La responsabilidad civil del empresario en centros residenciales para personas mayores en situación de dependencia. E. Monterroso Casado (dir.). *Responsabilidad empresarial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 107-149.

¹¹ MORETÓN SANZ, F. (2010). Las residencias de personas mayores como servicio exigible en el marco de los derechos subjetivos de ciudadanía: consecuencias jurídicas de su inclusión en el sistema para la autonomía y atención a la dependencia. En LASARTE y MORETÓN. *Residencias y alojamientos alternativos para personas mayores en situación de dependencia*. Madrid: Colex, 100, 128.

¹² DEL PINO, E. y MORENO, F.J. (2020). La Gestión Institucional y Organizativa de las Residencias de Personas Mayores durante la COVID-19: dificultades y aprendizajes. Madrid: Instituto de Políticas y Bienes Públicos. Disponible en <http://dx.doi.org/10.20350/digitalCSIC/12636>.

¹³ El País (2021). El Gobierno certifica que 29.408 personas han muerto por coronavirus en residencias desde el inicio de la pandemia, 2 de marzo de 2021. Disponible en <https://elpais.com/sociedad/2021-03-02/en-espana-han-muerto-29408-mayores-que-vivian-en-residencias-desde-el-inicio-de-la-pandemia.html>

1.7. Concursal civil

La publicidad del auto de declaración de concurso a través del Registro Civil¹

The publicity of the insolvency declaration order through the Civil Registry

por

TERESA ASUNCIÓN JIMÉNEZ PARÍS

Profesora contratada doctora de Derecho civil

Acreditada a profesor titular de Universidad

Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN: El auto por el que se declara el concurso es objeto de publicidad edictal (mediante inserción de edictos en el BOE, en el Registro Público Concursal, sección primera y mediante publicación en el tablón de anuncios del juzgado). También es objeto de publicidad en los registros de personas y bienes, y tratándose de un concursado persona física, singularmente en el Registro Civil. Igualmente es objeto de publicidad en el Registro Público Concursal que publica tanto resoluciones judiciales recaídas en el concurso de acreedores, como los asientos que dichas resoluciones causan en los Registros de personas, en virtud de certificación remitida por el correspondiente encargado del Registro. Con la Ley del Registro Civil de 1957, la declaración de concurso se inscribía al margen de la inscripción de nacimiento. Con la Ley de Registro Civil de 2011, al haber desaparecido la organización en secciones que estaban al servicio del principio de territorialidad, la inscripción se practica de forma sucesiva y cronológica en el folio personal abierto a la persona física concursada. La inscripción es declarativa pues el auto que declara el concurso produce sus efectos de inmediato, o sea la limitación de las facultades patrimoniales del concursado sobre los bienes integrantes de la masa activa. La declaración de concurso no registrada en el Registro Civil afecta igualmente al concursado y a los terceros civiles que contraten con él, siendo el acto anulable si no respeta la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición establecidas en el auto de declaración del concurso.

ABSTRACT: *The judicial resolution by which the insolvency is declared is subject to publicity (by insertion of edicts in the BOE, in the Public Bankruptcy Registry, first section, and by publication on the notice board of the court). It is also advertised in the Registry of persons and assets, and in the case of a bankrupt natural person, particularly in the Civil Registry. It is also publicized in the Public Insolvency Registry, which publishes both judicial decisions passed in the bankruptcy proceedings, as well as the entries that said resolutions cause in the Registries of persons, by virtue of the certification sent by the corresponding person in charge of the Registry. With the 1957 Civil Registry Law, the declaration of insolvency was registered in the margin of the birth registration. With the Civil Registry Law of 2011, since the*

organization in sections that was at the service of the territoriality principle has disappeared, the registration is carried out successively and chronologically on the personal folio open to the bankrupt natural person. The inscription is declarative because the resolution that declares the bankruptcy produces its effects immediately, that is, the limitation of the patrimonial powers of the bankrupt over the assets that make up the active mass. The declaration of insolvency not registered in the Civil Registry also affects the bankrupt and the civil third parties who contract with him, the act being voidable if it does not respect the intervention or suspension of the powers of administration and disposition established in the decision of declaration of the insolvency.

PALABRAS CLAVE: Declaración del concurso. Publicidad de las resoluciones concursales. Registro Civil.

KEY WORDS: Declaration of the insolvency. Publicity of the insolvency resolutions. Civil Registry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.—III. LA PUBLICIDAD EDICTAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO.—IV. LA PUBLICIDAD DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL: 1. LA INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL REGULADO POR LA LEY DE 8 DE JUNIO DE 1957. 2. LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL REGULADO POR LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO: A) Asiento mediante el que se publicita la declaración de concurso. B) Extensión del asiento. C) Efectos de la inscripción del auto de declaración de concurso.—V. LA PUBLICIDAD DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DEL ASIENTO PRACTICADO EN EL REGISTRO CIVIL EN EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Señala el preámbulo del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal que «la publicidad de los concursos de acreedores es una consecuencia necesaria del carácter universal de los efectos del concurso de acreedores, que exige que el conocimiento de su declaración y de los pormenores de su tramitación llegue a todos los posibles interesados. Es por ello que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ha prestado especial atención a la publicidad del concurso de acreedores, que ha de permitir a estos conocer no solo la existencia de un concurso que les afecta, sino también la de todas las resoluciones que se aprueben a lo largo del proceso concursal y de las anotaciones que [de aquellas] se han de practicar en los registros públicos jurídicos de personas y bienes».

La publicidad registral del auto de declaración de concurso aparece actualmente regulada en los artículos 35 a 37 del Texto Refundido de la Ley Concursal, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (en adelante, TRLC) y por el título XIII, del libro primero del TRLC, que lleva por rúbrica «De la

Publicidad del Concurso» (arts. 552 a 566). El capítulo IV de este título se dedica en concreto al Registro Público Concursal (arts. 560 a 566), capítulo que no está aún en vigor ya que según establece la disposición transitoria única.1 del TRLC «el contenido de los artículos ... 560 a 566 ... de este texto refundido, que corresponda a las modificaciones introducidas en los artículos 27, 34 y 198 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, entrarán en vigor cuando se apruebe el reglamento a que se refiere la disposición transitoria segunda de dicha ley. *Entre tanto permanecerán en vigor los artículos 27, 34 y 198 de la Ley Concursal en la redacción anterior a la entrada en vigor de dicha Ley 17/2014, de 30 de septiembre*». Este artículo 198 de la Ley 22/2003 hace referencia al Registro Público Concursal, introducido en el ordenamiento jurídico por el artículo 6. 11 del Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, y desarrollado por el Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal; registro que tiene por objeto *la inscripción de las resoluciones dictadas por el juez del concurso que han de ser objeto de publicidad* así como *la inscripción de las certificaciones de los asientos causados por dichas resoluciones en los registros públicos de personas a que se refiere el antiguo artículo 24 Ley 22/2003, apartados 1, 2 y 3* (Registro Civil, Registro Mercantil y restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica; p.e., registro de asociaciones o de fundaciones²)³.

En cuanto al artículo 35 del TRLC señala expresamente que una vez aceptado el cargo por la administración concursal, los edictos relativos a la declaración de concurso se remitirán al Boletín Oficial del Estado y al Registro Público Concursal para que sean publicados con la mayor urgencia, teniendo la publicación de los edictos carácter gratuito. En el mismo auto de declaración del concurso o en resolución posterior, el juez, de oficio o a instancia de interesado, podrá acordar cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible para la efectiva difusión del concurso de acreedores (art. 35.2 TRLC). Finalmente, los artículos 36 y 37 TRLC se refieren a la anotación e inscripción en los registros públicos de personas y de bienes y derechos del auto de declaración del concurso⁴.

En el presente artículo nos centraremos en estudiar la publicidad que recibe el auto de declaración de concurso de persona física, particularmente, a través del Registro Civil.

II. EL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

El auto de declaración de concurso, cuyo contenido aparece descrito en el artículo 28 TRLC, debe señalar los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de la masa activa, así como el nombramiento de la administración concursal, con expresión de las facultades del administrador o administradores concursales nombrados.

Tales efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor dependen del carácter voluntario o necesario del concurso. De acuerdo con el artículo 29 en relación con el artículo 3 del TRLC, el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos el concurso será necesario (es decir, siendo concurso de persona física, cuando la solicitud haya sido formulada por cualquier acreedor). El concurso será también necesario cuando en los tres meses anteriores a la solicitud del deudor, se hubiera admitido y pre-

sentado a trámite otra solicitud de cualquier otro legitimado (en nuestro caso, acreedor), aunque este hubiera desistido, no hubiera comparecido en la vista de los artículos 21 y 22 TRLC o no se hubiera ratificado en la solicitud (art. 29.2 TRLC). Si bien, para solicitar el concurso del deudor persona física está legitimado cualquier acreedor, no estará legitimado el acreedor que, dentro de los seis meses anteriores a la presentación de la solicitud de concurso necesario (art. 2.4 TRLC), hubiera adquirido el crédito de que es titular por actos *inter vivos* y a título singular, después de su vencimiento (arts. 1526 y sigs. CC).

Si el concurso es voluntario, el auto de declaración de concurso deberá señalar que el concursado conserva las facultades de administración y disposición sobre la masa activa del concurso, si bien el ejercicio de estas facultades estará sometido a la intervención de la administración concursal, que deberá autorizar el acto de administración o disposición con carácter previo para que pueda llevarse a término y ser válido y eficaz. Si el concurso es necesario, el auto de declaración de concurso deberá señalar que el concursado tiene suspendido el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa. En este caso, la administración concursal sustituirá al deudor en el ejercicio de tales facultades (art. 106.1 y 2 TRLC).

No obstante, el juez podrá acordar la suspensión en caso de concurso voluntario o la mera intervención cuando se trate de concurso necesario, debiendo en tal caso motivar su decisión y señalando los riesgos que se pretendan evitar y las ventajas que se quieran obtener (art. 106.3 TRLC).

En cuanto al ámbito de aplicación de estas restricciones (que más que limitaciones a la capacidad de obrar, parecen prohibiciones judiciales de administración y disposición que recaen sobre determinados bienes del deudor *ex* artículo 26.2.º y 145 Ley Hipotecaria y 166.4 RH)⁵, es decir, el ámbito de aplicación de la autorización de la administración concursal o del ejercicio de tales facultades por la administración concursal en representación del concursado, está limitado a los bienes y derechos integrados en la masa activa (art. 107.1 en relación con el art. 192 TRLC).

La masa activa del concurso está constituida por la totalidad de los bienes y derechos integrados en el patrimonio del concursado a la fecha de la declaración de concurso y por los que se reintegren al mismo (arts. 226 a 238 TRLC) o adquiera hasta la conclusión del procedimiento, exceptuándose aquellos bienes y derechos que, aun teniendo carácter patrimonial, sean legalmente inembargables (arts. 605 y sigs. de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). En el caso de concurso de persona casada, la masa activa comprenderá los bienes y derechos propios o privativos del concursado (arts. 1344, 1345 y 1346 y sigs. CC). Si el régimen económico del matrimonio fuera el de sociedad de gananciales o cualquier otro de comunidad de bienes, se incluirán en la masa, además, los bienes gananciales o comunes cuando deban responder de obligaciones del concursado (art. 193.2 TRLC). Es por ese motivo que el artículo 107 TRLC señala que el ámbito de la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado se extiende también «a la asunción, modificación o extinción de obligaciones de carácter patrimonial relacionadas con esos bienes o derechos [propios o privativos] y, en su caso, al ejercicio de las facultades que correspondan al deudor en la sociedad o comunidad conyugal» (art. 107.1 TRLC)⁶.

Con posterioridad al auto de declaración de concurso y a solicitud de la administración concursal, el juez, oído el concursado, podrá en cualquier momento acordar mediante auto el cambio de las situaciones de intervención o de suspensión de las facultades del concursado sobre la masa activa. Al cambio de

estas situaciones de intervención o de suspensión y la consiguiente modificación de las facultades de la administración concursal se le dará la misma publicidad que la acordada para la declaración de concurso (art. 108 en relación con los artículos 35 a 37 TRLC, es decir, mediante publicidad en el BOE y en el Registro Público Concursal, así como la anotación e inscripción en los registros públicos de personas (Registro Civil, en caso de persona física) y anotación e inscripción en registros públicos de bienes y derechos (Registro de la Propiedad, Registro de Bienes Muebles, Registro de la Propiedad Intelectual o Registro de la Propiedad Industrial⁷).

III. LA PUBLICIDAD EDICTAL DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO

Como señala el artículo 35.1 del TRLC, una vez aceptado el cargo por el administrador concursal los edictos relativos a la declaración de concurso se remitirán al Boletín Oficial del Estado y al Registro Público Concursal para que sean publicados con la mayor urgencia. El edicto contendrá los datos indispensables para la identificación del concursado, incluyendo el número de identificación fiscal que tuviera; el órgano judicial que hubiera declarado el concurso⁸, el número de autos y el número de identificación general del procedimiento; la fecha del auto de declaración de concurso; *el régimen de intervención o de suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integren la masa activa*; la identidad del administrador o los administradores concursales; el plazo para la comunicación de los créditos, la dirección postal y electrónica para que los acreedores, a su elección, efectúen la comunicación de créditos; y la dirección electrónica del Registro Público Concursal en el que se publicarán las resoluciones que traigan causa del concurso. La publicación de los edictos tendrá carácter gratuito.

El traslado de los oficios con los edictos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado al BOE y al Registro Público Concursal (arts. 553.1 y 552 TRLC). Excepcionalmente, si ello no fuera posible, los oficios con los edictos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, quien deberá remitirlos de inmediato a los correspondientes medios de publicidad. Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública (en su condición de acreedora, p.e.) que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado de los oficios se realizará directamente por el letrado de la Administración de Justicia a los medios de publicidad (art. 553 TRLC).

La publicidad edictal del auto de declaración de concurso se entiende cumplida mediante la inserción del edicto relativo a dicho auto en el tablón de anuncios del juzgado y en el Registro público concursal y en el BOE (art. 554 en relación con el art. 37 TRLC).

IV. LA PUBLICIDAD DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL

De acuerdo con el artículo 36 TRLC, «si el concursado fuera persona natural, se anotarán y, una vez el auto devenga firme, se inscribirán en el Registro Civil, la declaración de concurso, con indicación del órgano judicial que la hubiera dictado, del carácter de la resolución y de la fecha en que se hubiera producido; la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y

disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa, así como la identidad del administrador o de los administradores concursales».

Y el artículo 557 TRLC insiste en que «serán objeto de anotación o de inscripción en el folio correspondiente al concursado en los registros de personas a que se refiere esta ley la declaración y reapertura del concurso... [así como]... cuantas resoluciones se dicten en materia de intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado sobre los bienes y derechos que integran la masa activa...».

De acuerdo, pues, con estos preceptos serán inscribibles en el Registro Civil tanto el auto que declara el concurso como las resoluciones posteriores del juez del concurso que modifiquen el régimen de administración y disposición de los bienes integrados en la masa activa a que se refiere el artículo 108 TRLC.

Para la práctica de la anotación preventiva o inscripción el letrado de la Administración de Justicia librará el correspondiente mandamiento.

El traslado de los mandamientos y de la documentación necesaria para la práctica de los asientos se realizará preferentemente por vía telemática desde el juzgado al Registro Civil (art. 556.1 TRLC). Excepcionalmente, si ello no fuera posible, los mandamientos serán entregados al procurador del solicitante del concurso, para su presentación inmediata en el Registro. Si el solicitante del concurso fuese una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, el traslado de los mandamientos se realizará directamente por el letrado de la Administración de Justicia al Registro Civil (art. 556.2 y 3 TRLC).

1. LA INSCRIPCIÓN DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL REGULADO POR LA LEY DE 8 DE JUNIO DE 1957

Con la Ley de 1957, en cada oficina de registro existían cuatro secciones que se llevaban en libros distintos (art. 33 LRC 1957). Siguiendo a ALBALADEJO:

La Sección 1.^a se denominaba «*Sección de nacimientos y general*». En ella se inscribían los nacimientos, y al margen de la inscripción de nacimiento, todos los demás hechos inscribibles que la ley indicase o para los que no se estableciese especialmente que la inscripción se hiciese en otra Sección. Así, la adopción, modificaciones judiciales de capacidad, declaraciones de concurso, ausencia o fallecimiento, lo relativo a la nacionalidad y vecindad civil, etc. (art. 46 LRC). Se pretendía que la inscripción de nacimiento fuese el eje del Registro en lo relativo a cada persona. Ello se conseguía tomando al margen de aquella unas *notas de referencia* a las demás inscripciones relativas al sujeto que se practicasen en las otras secciones. Al mismo tiempo, en las inscripciones de matrimonio, tutela, representación y defunción del nacido se hacía constar referencia a la inscripción de nacimiento (art. 39 LRC). Esto facilitaba la publicidad registral ya que bastaba con conocer el lugar del nacimiento para poder conocer los asientos del Registro referentes a cualquiera. Sin embargo, en la práctica parece ser que este artículo solía estar descuidado.

La Sección 2.^a era la «*Sección de matrimonios*». En ella se practicaban las inscripciones de celebración de matrimonio. Al margen de las mismas se inscribían las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad, divorcio y separación matrimonial, así como el fin de esta (art. 76 LRC). También debía hacerse indicación al margen, del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales y de la

existencia de los actos, resoluciones judiciales y demás hechos que modificasen el régimen económico de la sociedad conyugal (art. 1333 CC).

La Sección 3.^a era la «*Sección de defunciones*». En ella se inscribía la muerte de la persona.

La Sección 4.^a era la «*Sección de Tutelas y representaciones legales*». En ella se inscribía el Organismo tutelar y las demás representaciones legales de la persona física y sus modificaciones (art. 88.1.º LRC)⁹.

De acuerdo con esta organización del Registro Civil, la declaración de concurso se inscribía al margen de la inscripción de nacimiento en la Sección 1.^a del Registro Civil (art. 1 y 46 LRC). Y el asiento que se practicaba era una inscripción marginal (art. 130 *in fine* del RRC)^{10, 11}.

2. LA INSCRIPCIÓN DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO EN EL REGISTRO CIVIL REGULADO POR LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO

La nueva Ley del Registro Civil (Ley 20/2011, de 21 de julio, en adelante NLRC) ha entrado en vigor el 30 de abril de 2021, modificada por la Ley 6/2021, de 28 de abril (vigente también desde dicha fecha).

Con la NLRC el contenido del Registro Civil está integrado por el conjunto de registros individuales de las personas físicas y por el resto de las inscripciones que se practiquen en tales registros conforme a la NLRC (art. 2.3 NLRC). Es decir, cada persona tendrá un registro individual en el que se inscribirán cronológicamente los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil (matrimonio, opción por la vecindad civil del cónyuge, defunción, etc.). El Registro es único para toda España y electrónico¹². Los datos se integran en una base de datos única (art. 3.1 y 2 NLRC), siendo de aplicación al Registro Civil las medidas de seguridad establecidas en la normativa de protección de datos de carácter personal. Todos los asientos se extenderán en soporte y formato electrónico, aunque en circunstancias excepcionales y cuando no sea posible practicar asientos electrónicos, el asiento podrá efectuarse en soporte papel. En este caso, se trasladará al formato electrónico con la mayor celeridad posible (art. 36 NLRC).

Como decimos, se crea un registro individual para cada persona que se abre con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique, y en el cual se inscriben o anotan, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos referentes a esa persona que tengan acceso al Registro Civil (art. 5 LRC).

A cada registro individual se le asignará un código personal. Inicialmente este código estaba constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el DNI o el NIE (art. 6 y disposición adicional séptima en su redacción originaria)¹³. En su redacción vigente, se trata de un código personal distinto de la secuencia alfanumérica del DNI o del NIE¹⁴.

Como el Registro es electrónico, todas las Administraciones y funcionarios públicos, en el ejercicio de sus competencias y responsabilidad, tendrán acceso a los datos que consten en la base de datos única que constituye el Registro Civil, con las excepciones relativas a los datos especialmente protegidos previstas en la Ley. Dicho acceso se verificará igualmente, por medios electrónicos. Igualmente, las personas individuales podrán identificarse electrónicamente ante el Registro Civil a través de cualquiera de los sistemas previstos en el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, así como en la normativa vigente en materia de identifica-

ción y firma electrónica (art. 7 y 8 NLRC). Los ciudadanos podrán solicitar en cualquiera de las Oficinas del Registro Civil o por medios electrónicos el acceso a la información contenida en el mismo a través de los medios de publicidad previstos en esta Ley (art. 10.2 en relación con los arts. 80 a 82 NLRC)¹⁵.

Con la NLRC la solicitud de inscripción y la práctica de la misma se podrán efectuar en cualquiera de las Oficinas Generales del Registro civil, *con independencia del lugar en que se produzcan los hechos o actos inscribibles* (art. 10 NLRC). Cabe también que los ciudadanos remitan la solicitud y documentación requerida para la práctica de la inscripción de que se trate telemáticamente, o que la presenten en las Oficinas Colaboradoras (art. 20.3 NLRC y disposición adicional quinta en redacción dada por Ley 6/2021)¹⁶.

En cuanto al contenido material del Registro, el artículo 4 NLRC señala que tienen acceso al Registro Civil los hechos y actos que se refieren a la identidad, estado civil y demás circunstancias de la persona, detallando a continuación que son inscribibles «la modificación judicial de la capacidad de las personas, *así como la que derive de la declaración de concurso de las personas físicas*».

De acuerdo con el artículo 72.2 NLRC «*se inscribirán en el Registro Civil la declaración de concurso, la intervención o, en su caso, la suspensión de las facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales*»¹⁷.

A) Asiento mediante el que se publicita la declaración de concurso

Si el auto que declara el concurso no es firme, la declaración de concurso se hará constar en el folio registral personal del concursado mediante anotación preventiva (art. 36.1 TRLC y arts. 40.3.1.º y 10.º TRLC). La anotación preventiva es una modalidad de asiento que en ningún caso tendrá el valor probatorio que proporciona la inscripción, teniendo un valor meramente informativo. Si el auto que declara el concurso ya es firme, entonces la declaración de concurso se hará constar en el registro personal mediante inscripción (arts. 36.1 y 39 TRLC), dado que la inscripción es la modalidad de asiento a través de la cual acceden al Registro Civil los hechos y actos relativos al estado civil de las personas y aquellos otros determinados por esta Ley (arts. 4, 72.2 y art. 40.3 *a sensu contrario* NLRC). Las inscripciones producen los efectos previstos en los artículos 17 y 18 de la LRC, es decir, constituyen prueba plena de los hechos inscritos y tienen eficacia constitutiva en los casos determinados en la ley, teniendo en este caso la inscripción de la declaración de concurso un valor meramente declarativo¹⁸.

B) Extensión del asiento

El asiento se extenderá previa calificación por el encargado del Registro Civil (arts. 13 y 30 LRC). El encargado del Registro Civil deberá practicar el asiento de oficio cuando tenga en su poder los títulos necesarios (remitidos por el juzgado de acuerdo con el art. 34 NLRC¹⁹ y el art. 556 TRLC) *ex artículo 14 NRLC*, sin perjuicio de que está obligado a promover sin demora la inscripción el propio concursado en cuanto es la persona a quien se refiere el hecho inscribible (art. 42.1.2.º NLRC) y el procurador del solicitante del concurso (que puede ser un acreedor) de acuerdo con el artículo 556.2 TRLC.

La calificación de resoluciones judiciales recaerá sobre la competencia y clase del procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio Registro (art. 30.2.II NLRC). En este sentido, el artículo 555 TRLC indica que en el mandamiento se expresará el órgano judicial que hubiera dictado la resolución, la fecha y naturaleza de la resolución, el número de autos y si la correspondiente resolución es firme o no (art. 25 TRLC).

El encargado de la Oficina del Registro Civil ante el que se presente el título practicará el asiento correspondiente de oficio o dictará resolución denegándolo en el plazo de cinco días (art. 33.1 NLRC).

El asiento se practica en virtud del mandamiento expedido por el letrado de la Administración de Justicia (arts. 27 NLRC y 555.1 TRLC) que es el acto de comunicación (art. 149.5.º LEC) mediante el cual se ordena al Registro Civil proceder a la inscripción de la declaración de concurso²⁰ con indicación de los extremos señalados en el artículo 36.1 TRLC, esto es, el órgano judicial que hubiere dictado el auto, el carácter firme o no de la resolución, la fecha en que se hubiere producido (dado que el auto tiene efectos *ex nunc*, como se desprende de los arts. 32 y 26 TRLC)²¹, la intervención o suspensión de las facultades de administración y disposición del concursado así como la identidad del o los administradores concursales, datos que necesitan los terceros conocer para intervenir en negocios jurídicos con el concursado que teniendo por objeto bienes de la masa activa, tengan naturaleza de actos de administración o de disposición²².

Como hemos indicado antes, el asiento se extenderá en soporte y formato electrónico (art. 36 NLRC), de acuerdo con los modelos aprobados por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

A pesar de la entrada en vigor el 30 de abril de 2021 de la NLRC, la reforma operada en ella por la Ley 6/2021 prevé una implantación progresiva del nuevo Registro Civil, distinguiendo tres etapas. En palabras de la exposición de motivos de la Ley 6/2021 «en esta reforma se busca que el juego de las disposiciones transitorias cuarta, octava y décima, más la adicional segunda, permita la implantación progresiva aludida, con tres escenarios: el previo a la transformación, la implantación del sistema informático con la aplicación de la Ley 20/2021 y, finalmente, la aprobación de las relaciones de puesto de trabajo en cada oficina o grupo de oficinas completando la transformación». Significa esto que «hasta que el Ministerio de Justicia apruebe, mediante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la entrada en servicio efectiva de las aplicaciones informáticas que permitan el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica conforme a las previsiones contenidas en esta Ley, los encargados de las Oficinas del Registro Civil practicarán en los libros y secciones correspondientes regulados por la Ley de 8 de junio de 1957 los asientos relativos a nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales. No resultará de aplicación, en tales casos, lo previsto en esta Ley respecto del código personal. ... Para la tramitación de procedimientos, expedición de publicidad y práctica de asientos en los términos del párrafo anterior, en tanto no se produzca la referida entrada en servicio de las aplicaciones informáticas serán competentes las Oficinas del Registro Civil que lo vinieran siendo conforme a las reglas previstas en los artículos 15, 16, 17, 18 y 19 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957, que seguirán aplicándose transitoriamente a estos solos efectos» (disposición transitoria cuarta en redacción dada por Ley 6/2021).

De manera que hasta que no entren en servicio activo las aplicaciones informáticas que permitan llevar una base de datos única de registros individuales, entiendo que la inscripción de la declaración de concurso (a pesar de la entrada

en vigor de la NLRC) seguirá practicándose al margen de la inscripción de nacimiento con arreglo a lo previsto en el artículo 46 de la Ley de Registro Civil de 1957²³.

C) *Efectos de la inscripción del auto de declaración de concurso*

De acuerdo con el artículo 16.2 NLRC se presume que los hechos *inscritos* existen y que los actos son válidos y exactos mientras el asiento correspondiente no sea rectificado o cancelado en la forma prevista por la ley.

Este efecto de presunción de exactitud no podría predicarse de la mera anotación de la declaración de concurso según parece desprenderse de poner en relación los artículos 39.2 y 40.1 NLRC. En caso de extenderse anotación preventiva por falta de firmeza del auto de declaración de concurso, el asiento de anotación caducará, en todo caso, a los cuatro años desde la fecha de la anotación misma, pudiendo entonces cancelarse de oficio o a instancia de cualquier interesado (art. 555.2 TRLC), si bien el letrado de la Administración de Justicia podrá decretar la prórroga de la anotación por cuatro años más.

Si el auto de declaración de concurso se inscribe, entonces se producirán los efectos previstos en los artículos 16.2, 17 (la inscripción constituye prueba plena de los hechos inscritos) y 19. De acuerdo con el artículo 19 de la NLRC, el contenido del Registro se presume íntegro (que recoge toda la realidad) *respecto de los hechos y actos inscritos*²⁴ y los hechos y actos inscribibles serán *oponibles a terceros* desde que accedan al Registro Civil.

La declaración de concurso es, pues, oponible a terceros civiles desde su inscripción en el Registro Civil, de manera que desde tal inscripción ningún tercero puede alegar desconocerla (efecto de afección a terceros de lo inscrito común a todo registro, como señala ROCA SASTRE, de manera que pienso que podría incluso desvirtuar la presunción de buena fe de un tercero hipotecario del artículo 34 de la Ley Hipotecaria en beneficio de la masa del concurso).

No se trata de que el hecho no inscrito (declaración de concurso no inscrita) se pueda presumir inexistente en la realidad, y por lo tanto que un tercero pueda ampararse en tal presunción de integridad para negar la anulabilidad del acto realizado contra las limitaciones impuestas en el auto declaratorio del concurso. En todo caso, inscrita o no la declaración de concurso tal acto sería anulable de acuerdo con el artículo 109 TRLC, pues el que contrató con el concursado es parte en el contrato afectado por la anulabilidad²⁵.

Como afirma RODRÍGUEZ MARÍN «el Registro Civil no goza de la presunción de integridad, y, por tanto no constituye prueba de los hechos negativos. Este es el límite de la eficacia del Registro Civil como *verdad oficial*, consecuencia necesaria de que, salvo en supuestos excepcionales, como puede ser el cambio de vecindad por opción, adquisición de nacionalidad española por opción o naturalización y recuperación de la nacionalidad española, por ejemplo, la inscripción no es requisito para que se produzca el cambio de estado civil de la persona»²⁶.

Es decir, la cuestión es si un estado civil no registrado o una circunstancia que afecta a la persona no registrada puede o no perjudicar a terceros de buena fe, debiendo entenderse con carácter general que, como regla general, los hechos relativos al estado civil aun no inscritos perjudican a los terceros. «No obstante, *en determinados casos*, [entre los cuales no se encuentra la declaración de concurso] el Código civil (según la [RDGRN de 29 de enero de 2008] «que sí es muy explícito en este sentido») y la propia legislación registral civil (arts. 77

LRC 1957, 60, 70.4 y 73 LRC 2011), sancionan la omisión de la inscripción por medio de una especial protección de los terceros [civiles] de buena fe.

En dichos supuestos, los terceros pueden oponer la falta de inscripción, y por tanto, su desconocimiento del cambio del estado civil que no se ha practicado en el Registro...»^{27, 28}.

V. LA PUBLICIDAD DEL AUTO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO Y DEL ASIENTO PRACTICADO EN EL REGISTRO CIVIL EN EL REGISTRO PÚBLICO CONCURSAL

Las sucesivas reformas de la Ley Concursal han priorizado «la utilización de medios telemáticos, informáticos y electrónicos» para la publicidad de la declaración de concurso. «Sin embargo, dicha opción legislativa —introducida incluso de forma urgente a través del Real Decreto Ley 3/2009— no encontró respaldo gubernativo, hasta la promulgación del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, por el que se regula el Registro Público Concursal, que ha venido a completar el régimen jurídico de dicho Registro, dependiente del Ministerio de Justicia pero gestionado materialmente por el Colegio de Registradores. Esta norma permite la publicidad a través de internet, no solo de todas las resoluciones procesales del concurso, sino también de los asientos en los diferentes registros públicos derivados del mismo e, incluso de los acuerdos extrajudiciales de pagos y sus incidencias y de la homologación de acuerdos de refinanciación y las suyas (anulación, incumplimiento, etc.)²⁹.

Efectivamente, el artículo 1 del Real Decreto 892/2013 señala que «este real decreto contiene el régimen de funcionamiento del Registro Público Concursal al objeto de asegurar la difusión y publicidad de las resoluciones procesales dictadas al amparo de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de los asientos registrales derivados del proceso concursal...».

El Registro se estructura en tres secciones: sección primera, de edictos concursales, sección segunda de publicidad registral de resoluciones concursales y sección tercera: de acuerdos extrajudiciales.

En la sección primera, de edictos concursales, se insertan, ordenadas por concursado y dentro de cada procedimiento cronológicamente, por fecha de adopción, las resoluciones procesales que deban publicarse conforme a lo previsto en el artículo 23 de la Ley Concursal 22/2003 y demás preceptos que a aquel se remiten.

Por lo tanto, el auto de declaración de concurso ha de insertarse en la sección primera del Registro Público Concursal en el folio correspondiente al concursado³⁰. Para la inscripción de esta resolución debe remitirse la misma desde el Juzgado, a través de la aplicación electrónica y el modelo que el Registro Público Concursal pondrá a su disposición (art. 8.1 RD 892/2013). El documento remitido contendrá los siguientes datos:

- a) Clase de resolución procesal.
- b) Identidad del concursado.
- c) La denominación y número de Juzgado o Tribunal, el número de autos y la fecha de la resolución, *con expresa indicación de si es o no firme*.
- d) *El contenido literal del edicto* (art. 35.1 TRLC)
- e) La firma del letrado de la Administración de Justicia.

Cuando no fuese posible el traslado de las resoluciones a través de la aplicación electrónica, las mismas serán entregadas al procurador del solicitante del

concurso que de inmediato los remitirá al Registro Público Concursal. En estos casos, cuando el concurso se hubiera solicitado por una Administración pública que actuase representada y defendida por sus servicios jurídicos, la inserción de las resoluciones judiciales se hará en virtud de mandamiento remitido por el letrado de la Administración de Justicia al Registro Público Concursal (art. 8.1.II RD 892/2013 y 553 TRLC).

La resolución procesal (en este caso, auto de declaración del concurso) se publicará en el Registro Público Concursal en extracto, que incluirá los datos indispensables para la determinación de su contenido y alcance, con indicación de los datos registrables cuando aquellas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos (art. 3.2 RD 892/2013).

En el caso de que la resolución publicable en la sección primera fuera susceptible de inscripción en un registro público de personas, por ejemplo, el Registro Civil, se indicará que la inscripción o anotación está pendiente, o una vez acceda la certificación registral correspondiente al asiento causado en dicho registro a la sección segunda, que la resolución en cuestión ha causado asiento de inscripción o anotación con referencia a los correspondientes datos registrales (art. 3.3 RD 892/2013).

A estos efectos, el artículo 9 del Real Decreto 892/2013 señala que corresponde al personal del Juzgado conecedor del concurso, bajo la dirección del letrado de la Administración de Justicia, remitir las resoluciones que se dicten en su juzgado a los registros públicos de personas y de bienes en los que deban inscribirse o anotarse, a través de la aplicación electrónica y con el modelo que el Registro Público Concursal pondrá a su disposición. No obstante, cuando no sea posible el traslado de las resoluciones a través de la aplicación electrónica será de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.1.II Real Decreto 892/2013 y artículo 555.1 y 556 TRLC.

Remitido el auto de declaración de concurso al Registro Civil y practicada la anotación o inscripción correspondiente en el folio personal o al margen de la inscripción de nacimiento, en la sección segunda del Registro Público Concursal (destinada no a la publicación de edictos, sino a la *publicidad registral o sea de los asientos registrales causados por las resoluciones concursales*), se harán constar en extracto y ordenadas por concursado y de forma cronológica en su folio, las resoluciones anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas referidos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 24 de la Ley 22/2003, y en virtud de *certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro, una vez practicado el asiento correspondiente en su registro (en nuestro caso, el Registro Civil)*.

Para que sea posible la publicidad registral en la sección segunda del Registro Público Concursal, el mismo día en que se hubiere practicado la inscripción o anotación preventiva en el correspondiente registro de personas del auto de declaración de concurso, el registrador que tuviera a su cargo dicho registro expedirá una certificación en extracto del contenido del asiento autorizada con su firma y la remitirá al Registro Público Concursal. Dicha certificación se ajustará al formato que se proporcione por el Registro Público Concursal y contendrá la indicación del tipo de asiento practicado y los datos de inscripción (arts. 11.1 y 2 del Real Decreto 892/2013).

La inserción del asiento registral practicado (en nuestro caso, en el Registro Civil) en el Registro Público Concursal permite su difusión con efectos de publicidad noticia. El encargado del Registro Público Concursal comprobará que la certificación remitida permite la inserción del asiento en la sección segunda. En su caso, comunicará al registrador remitente los defectos que hubiere advertido

para su subsanación. La inserción en la sección segunda se debe practicar en formato estandarizado en el mismo día de la recepción de la certificación en extracto, salvo el caso en que dicho documento ingrese en el Registro Público Concursal en soporte papel, en cuyo caso su publicidad se producirá dentro de los dos días hábiles siguientes (art. 11.3 RD 892/2013).

VI. CONCLUSIONES

I. El auto de declaración de concurso ha de ser objeto de publicidad edictal en el BOE, en el Registro Público Concursal y en el tablón de anuncios del juzgado.

II. El auto de declaración de concurso ha de ser objeto de publicidad en los registros de bienes y personas, singularmente, en el Registro Civil.

III. La publicidad en el Registro Civil se verifica al margen de la inscripción de nacimiento, en el caso de la LRC 1957 y en el folio personal en el caso de la LRC 2011.

IV. El auto de declaración de concurso produce sus efectos de inmediato y *ex nunc*, por lo que la inscripción en el Registro Civil es meramente declarativa.

V. Si la inscripción de la declaración de concurso no consta en el Registro Civil no existe una particular protección al tercero civil de buena fe que contrata con el concursado con infracción de las limitaciones impuestas en el auto de declaración de concurso. El acto celebrado será en todo caso inválido (anulable).

VI. La inscripción de la declaración de concurso hace oponible la misma frente a todo tercero y podría afectar a la buena fe de un tercero hipotecario del artículo 34 LH en beneficio de la masa de acreedores del concurso.

VII. El edicto que recoge el auto declaratorio del concurso es inscribible en la sección primera del Registro Público concursal; y el asiento practicado en el Registro Civil de dicho auto es insertable en la sección segunda del Registro Público Concursal en virtud de certificación expedida por el encargado del Registro Civil.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- RDGRN 43/2013 de 15 de abril
- RDGRN 11/2016, de 15 de julio
- RDGRN 12224/2014, de 28 de octubre

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2002). *Derecho Civil I. Introducción y Parte General*. Barcelona: Librería Bosch, S.L.
- (2011). *Compendio de Derecho Civil*. Madrid: Edisofer.
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J.C. (2017). La declaración de concurso. En J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Manual de Derecho concursal*. Madrid: Wolters Kluwer.
- (2020). La declaración de concurso. En J. Pulgar Ezquerra (dir.). *Manual de Derecho concursal*. Madrid: Wolters Kluwer.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2002). *Derecho del Registro Civil*. Barcelona: Cálamo.

- (2013). *Tratado del Registro Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- (2021). *Derecho de la persona y de las relaciones familiares*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OROZCO PARDO, G. (2019). Capítulo 12. La familia y otras circunstancias incidentes en la capacidad. En F.J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 155-168.
- PAU PEDRÓN, A. (2004). *Las limitaciones patrimoniales del concursado*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C. (2019). Capítulo 15. El Registro Civil. En F. J. Sánchez Calero (coord.). *Curso de Derecho Civil I. Parte general y derecho de la persona*. Valencia: Tirant lo Blanch, 197-208.

NOTAS

¹ Realizado en el marco del Proyecto de Investigación DER 2017-83321-P, «Tutela de los consumidores y clientes de servicios Fintech», dirigido por la Prof.^a Dra. Matilde CUENA CASAS.

² *Vid.*, artículo 10 LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y de sus relaciones con los restantes registros de asociaciones; y artículo 4 Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones y Real Decreto 1611/2007, de 7 de diciembre, del Reglamento del registro de fundaciones de competencia estatal.

³ *Vid.*, artículo 10 Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre. *Artículo 198 Ley 22/2003, en redacción dada por el artículo 21.6 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización*: «1. El Registro Público Concursal se llevará bajo la dependencia del Ministerio de Justicia y constará de tres secciones: a) En la sección primera, *de edictos concursales*, se insertarán ordenados por concursado y fechas, *las resoluciones que deban publicarse* conforme a lo previsto en el artículo 23 y en virtud de mandamiento remitido por el secretario judicial. b) En la sección segunda, *de publicidad registral*, se harán constar, ordenadas por concursado y fechas, *las resoluciones registrales anotadas o inscritas en todos los registros públicos de personas* referidos en el artículo 24.1, 2 y 3, incluidas las que declaren concursados culpables o acuerden la designación o inhabilitación de los administradores concursales y *en virtud de certificaciones remitidas de oficio por el encargado del registro una vez practicado el correspondiente asiento*. c) En la sección tercera, de acuerdos extrajudiciales, se hará constar la apertura de las negociaciones para alcanzar tales acuerdos y su finalización. 2. La publicación de las resoluciones judiciales o sus extractos tendrá un valor meramente informativo o de publicidad notoria. 3. *Reglamentariamente se desarrollarán la estructura, contenido y sistema de publicidad a través de este registro* y los procedimientos de inserción y acceso, bajo los principios siguientes: 1.º Las resoluciones judiciales podrán publicarse en extracto, en el que se recojan los datos indispensables para la determinación del contenido y alcance de la resolución con indicación de los datos registrables cuando aquellas hubieran causado anotación o inscripción en los correspondientes registros públicos. 2.º La inserción de las resoluciones o sus extractos se realizará preferentemente, a través de mecanismos de coordinación con el Registro Civil, el Registro Mercantil o los restantes registros de personas en que constare el concursado persona jurídica, conforme a los modelos que se aprueben reglamentariamente. 3.º El registro deberá contar con un dispositivo que permita conocer y acreditar fehacientemente el inicio de la difusión pública de las resoluciones e información que se incluyan en el mismo. 4.º El contenido del registro será accesible de forma gratuita por Internet u otros medios equivalentes de consulta telemática».

⁴ Sobre la publicidad de la declaración de concurso, *vid.*, GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2017, 171-172.

⁵ Señala OROZCO PARDO «Hemos de partir de la base de que la situación de «concurso» no supone una causa de *incapacitación* por cuanto no se trata de una cualidad intrínseca de la persona basada en una enfermedad o deficiencia física o psíquica que le impida gobernarse de forma autónoma. El concursado posee unas *limitaciones* derivadas de un procedimiento —que puede ser *voluntario o legal*— referido a los bienes que integran la «masa» objeto del concurso, quedando al margen su esfera personal de actuación. Tales bienes, derechos y obligaciones *afectados* por el concurso incluyen los que le correspondan en la sociedad conyugal y excluyen otros como los inembargables, los sometidos a reserva lineal o viudal o los de restitución fideicomisaria... En consecuencia, conserva la administración y disposición de sus bienes que tengan carácter de *inembargables*, pudiendo celebrar contratos y otros actos que no afecten a los bienes objeto del concurso. Ese patrimonio *concursal* está destinado a la satisfacción de los créditos de sus acreedores y es objeto de toda una serie de medidas de intervención y de suspensión... cuya finalidad no es proteger al concursado —como sucede en la incapacidad— sino tutelar el interés de los acreedores. En consecuencia, se impone una *representación* de carácter *legal*, que no actúa en interés del representado...» (OROZCO PARDO, 2019, 166).

⁶ Sobre que el ámbito de las limitaciones impuestas al concursado coincide con la masa activa, *vid.*, PAU PEDRÓN, 2004, 56-63.

⁷ *Vid.*, artículo 1 y 16 del Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual. *Vid.*, LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 420.

⁸ De acuerdo con el artículo 44 del TRLC son competentes para declarar y tramitar el concurso de acreedores los jueces de lo mercantil. Por excepción, los jueces de primera instancia son competentes para tramitar el concurso de acreedores de una persona natural que no sea empresario, considerándose empresarios a los efectos del Libro I del TRLC las personas naturales que tengan esa condición conforme a la legislación mercantil.

⁹ ALBALADEJO, 2002, 359-361. ALBALADEJO, 2011, 66-67. *Vid.*, LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 164-165.

¹⁰ LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 164. Como señala LINACERO DE LA FUENTE, «las situaciones de insolvencia e iliquidez de una persona física: concurso, quiebra y suspensión de pagos, se inscribían en el Registro Civil al margen de la inscripción de nacimiento del sujeto afectado (arts. 25 y 46 LRC 1957 y 178 RRC 1958). La suspensión de pagos, declaración de concurso o quiebra (actualmente declaración de concurso) se pueden inscribir (art. 2.4 LH y 10 RH) o anotar (arts. 42.5 LH y 142 y 166 RH) en el Registro de la Propiedad», en el Libro de Inscripciones, así como también en el Libro de Incapacitados. «La STS (Sala 3.ª) de 31 de enero de 2001, anuló los artículos 386 a 388, 391 y 399 RH relativos al «Libro de alteración de las facultades de administración y disposición» que había redactado el RD 1768/1998, de 4 de septiembre, por lo que recobran vigencia los anteriores artículos 386 a 391 bajo este epígrafe y el anterior Libro de Incapacitados. También ha de incluirse o anotarse en el Registro Mercantil la suspensión de pagos y la quiebra (arts. 87.7 y 320 a 328 RRM)». (LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 416). *Vid.*, también LINACERO DE LA FUENTE, 2002, 121. De acuerdo con el artículo 391 del RH «Cuando la persona declarada incapaz para administrar sus bienes o disponer de ellos en virtud de alguna resolución, de que se haya tomado razón en el libro de Incapacitados, adquieren algunos inmuebles o derechos reales, el Registrador, a continuación de la inscripción en que conste la adquisición de los mismos, inscribirá la incapacidad con referencia al asiento practicado en dicho libro».

¹¹ En el caso de declaración de concurso en España de un extranjero, la Dirección General de los Registros y del Notariado entendió que procedía practicar una anotación del nacimiento y una marginal de la declaración de concurso en la RDGRN 43/2013 de 15 de abril (*JUR* 2013, 328940). «Se pretende en este expediente la práctica en el Registro Civil español de una marginal de declaración de concurso voluntario referida a un ciudadano colombiano. El encargado del Registro deniega su práctica porque, si bien el artículo 1.5.º LRC [1957] prevé la inscripción de la declaración de concurso y el artículo 15 del mismo texto legal refiere que son inscribibles tanto los hechos que afecten a españoles como los acaecidos en territorio español aunque afecten a extranjeros, en este caso primero habría

que realizar un asiento soporte de nacimiento y entiende el encargado que sería exagerado y no acorde con el espíritu de la ley tener que inscribir los nacimientos de extranjeros como soporte de inscripciones o anotaciones marginales del estilo de la que se solicita. La inscripción de declaración de concurso ha de extenderse al margen de la de nacimiento, dado el sistema de inscripciones principales y marginales que establece nuestra legislación registral civil (art. 46 LRC) en la que las únicas inscripciones principales previstas, fuera del caso de las tutelas y demás representaciones legales, son las de nacimiento, matrimonio y defunción, debiendo extenderse las relativas a los demás hechos inscribibles al margen de las respectivas inscripciones principales. Consecuentemente, es necesario practicar previamente la inscripción de nacimiento, a menos que ello no sea posible por concurrir alguna de las causas que establece la legislación del Registro Civil, (cfr. art. 154.1.º RRC). En estos supuestos procede practicar, *no la inscripción, sino una anotación del nacimiento para que sirva de soporte a la marginal, anotación que debe indicar su carácter especial y que será cancelada cuando desaparezca la situación que la motivó*.

¹² Se trata también de un registro «desjudicializado siguiendo el modelo mayoritario en el Derecho Comparado (Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Portugal, Suiza) con un nuevo modelo organizativo que reduce el número de Oficinas del Registro Civil y supera el anterior criterio rector de la territorialidad y que consagra la creciente importancia del elemento extranjero con acceso al Registro» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 154). «El sistema judicializado de Registro Civil, constituye una singularidad organizativa del ordenamiento registral español en relación a otros ordenamientos comparados (v.gr., en Alemania, Francia, Italia, Países Bajos, Reino Unido o Suiza, los encargados del Registro Civil son funcionarios del Estado o de la Administración local o un cuerpo especial de funcionarios)» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 160).

¹³ *Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en su redacción originaria. Artículo 6. Código personal.* «A cada registro individual abierto con la primera inscripción que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad». *Disposición adicional séptima. Puesta a disposición de los datos de identificación personal de nacionales y extranjeros.* «Para la adecuada elaboración del código personal al que hace mención el artículo 6 de la presente Ley, así como para su uso en las aplicaciones informáticas en que sea preciso, el Ministerio del Interior pondrá a disposición del Ministerio de Justicia las respectivas secuencias alfanuméricas que atribuya el sistema informático vigente para el documento nacional de identidad y el número de identificación de extranjeros, así como los demás datos personales identificativos que consten en las bases de datos de ambos documentos. De igual manera, el Ministerio de Justicia pondrá a disposición del Ministerio del Interior los datos personales identificativos inscritos en el Registro Civil que deban constar en el documento nacional de identidad o número de identificación de extranjeros».

¹⁴ En la redacción dada por Ley 6/2021, de 28 de abril, al artículo 6 de la Ley 20/2011 parece que dicho código es un número distinto. Así señala ahora el precepto en cuestión: «A cada registro individual abierto con el primer asiento que se practique se le asignará un código personal constituido por la secuencia alfanumérica *generada por el Registro Civil, que será única e invariable en el tiempo*». La exposición de motivos de la Ley 6/2021 indica a este respecto: «Además, conviene efectuar una serie de mejoras técnicas en determinados preceptos que, con el paso del tiempo o por anteriores reformas, han quedado desajustados a la realidad actual o cuya necesidad ha surgido en el proceso de desarrollo de la aplicación informática. Así, se ha visto que constituye el sustento de la institución registral que se preconiza la asignación del código personal, de forma que sea un número invariable que se atribuye a cada persona. La regulación inicial, no demasiado clara en este aspecto [sic], parecía asignar directamente el número del Documento Nacional de Identidad (DNI) a los nacidos, como número personal que ya permanecería invariable. Sin embargo, se ha observado que ese sistema no era el adecuado, debido a que en el frecuente supuesto en que personas con nacionalidad extranjera sean objeto de alguna inscripción en el Registro Civil (sea en el momento de su nacimiento o sea posteriormente, en el momento de su matrimonio, de su defunción, etc.) no disponen de DNI [pero sí de NIE], por lo que la asignación debía contar con todos los supuestos existentes en la realidad [sic]. Por ello, se prevé la asignación

de código personal por el sistema informático del Registro Civil con la colaboración del Ministerio del Interior en su confección, al cual se asociará de forma inmediata el número del DNI cuando la persona tenga nacionalidad española, o cualquier otro documento identificativo oficial en otro caso, siendo invariable durante toda la vida del sujeto». Parece pues que el Registro Civil va a asignar un número identificativo común a cada persona residente en España ya sea español o extranjero de manera tal que dicho número parezca responder a una categoría de ciudadanía diversa de la española, realmente transnacional y que estaría más allá de la tradicional diferencia del estado civil en nacional español y nacional extranjero. Es decir, que el Registro Civil regulado por la Ley 20/2011 ya no parece ser el Registro Civil del Reino de España dado que para él merece el mismo tratamiento identificativo el nacional español y el nacional extranjero. De hecho, la ruptura del principio de territorialidad (tan necesario para la prueba y fehaciencia de los hechos inscritos que no pueden ser probados si no están ubicados espacialmente, a lo que contribuye la inscripción en el lugar en que el hecho se produjo) y de la organización del Registro en secciones, que estaba al servicio de dicha territorialidad, no obedecería tanto a una mayor claridad en la información ofrecida, evitando la dispersión de asientos relativos a una misma persona en distintos Registros Civiles (como apunta LINACERO DE LA FUENTE en LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 162-163, 166-167) sino más bien al objetivo de dotar al ciudadano de un código de *ciudadanía transnacional*. De hecho, «el llamado «Código Personal»... [fue denominado]... en el Anteproyecto y Proyecto de Ley del Registro Civil «Código Personal de ciudadanía»... [siendo] «un elemento inspirado en la Ley del Registro Civil suiza» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 167) y «el sustento de la institución registral que se preconiza», en palabras del legislador de la Ley 6/2021 (Preámbulo antes citado). En un futuro, mediante la implementación de dicho código se podría llegar a diluir la normativa de nacionalidad y la diferenciación entre el estado civil de español y de extranjero.

¹⁵ «De acuerdo con la nueva concepción del Registro Civil como registro electrónico y la práctica de asientos en soporte y formato electrónico (art. 36.1 LRC 2011), la expedición de certificaciones se realizará, preferentemente, por medios electrónicos» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 180).

¹⁶ Señala la disposición adicional quinta, relativa a las Oficinas colaboradoras del Registro Civil y punto de acceso en Ayuntamientos, en la redacción dada por Ley 6/2021: «Todas las secretarías de juzgados de paz o las unidades procesales de apoyo directo a juzgados de paz, o bien las oficinas de justicia en el municipio u otras del mismo tipo que se implanten en sustitución de las anteriores o como complemento de las mismas en virtud de ulteriores reformas legislativas, colaborarán con el Registro Civil... En los municipios donde no se ubique una Oficina General, además de existir las Oficinas Colaboradoras con las funciones descritas anteriormente, los Ayuntamientos podrán solicitar al Ministerio de Justicia que les habilite las conexiones necesarias, conforme se regule reglamentariamente, para que los ciudadanos puedan presentar en dichos Ayuntamientos solicitudes y la documentación necesaria para las actuaciones ante el Registro Civil. Las oficinas colaboradoras del Registro Civil no dispondrán de Encargado propio...». De acuerdo con el artículo 22, en redacción dada por Ley 6/2021 «existirá una Oficina General del Registro Civil en todas las poblaciones que sean sede de la capital de un partido judicial». Añadiendo la disposición adicional primera igualmente en su nueva redacción que «las Oficinas Generales del Registro Civil se ubicarán en las mismas localidades que correspondan a las sedes de los actuales Registros Civiles Municipales Principales, existentes a la entrada en vigor de esta Ley en las sedes de la capital de un partido judicial».

¹⁷ «... El acceso al Registro Civil de las mencionadas resoluciones, se fundamenta en las razones siguientes: De una parte, modifican la capacidad de obrar alterando las facultades de administración y disposición de bienes (art. 40 LC), del mismo modo que sucede, por ejemplo, en la incapacitación por prodigalidad; y de otra parte, dichas limitaciones pueden tener trascendencia en la esfera personal (v.g. inhabilidad para ser tutores —art. 244.5.º CC— o curadores —art. 291.2 CC). La finalidad básica de las inscripciones o, en su caso, anotaciones que reflejan la insuficiencia patrimonial de una persona, es la seguridad del tráfico jurídico y, principalmente, la protección de los derechos de terceros, especialmente de los acreedores» (LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 418).

¹⁸ «Las inscripciones marginales y las notas marginales se suprimen porque han perdido su razón de ser en el nuevo modelo de Registro Civil. Entre otras causas, por la creación de un registro individual y por el soporte electrónico utilizado para la práctica de los asientos. Las inscripciones marginales como su nombre indica se practican [en el Registro Civil de la Ley de 1957] al margen de la inscripción principal con la que están relacionadas (por ejemplo, al margen de la inscripción principal de nacimiento: las modificaciones judiciales de la capacidad, los hechos relativos a nacionalidad y vecindad, la declaración de ausencia o fallecimiento (art. 46 LRC 1957)... Con el nuevo modelo de Registro Civil ya no existe diferencia por su carácter autónomo o subordinado, entre inscripciones principales y marginales (vid., art. 5.3 LRC 2011). En consecuencia, inscripciones como la modificación judicial de la capacidad, la declaración de concurso... figuran en el registro individual, sucesivamente y por orden cronológico» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 171).

¹⁹ El artículo 34 NLRC en redacción dada por Ley 6/2021 señala que: «El letrado de la Administración de Justicia del órgano judicial que haya dictado una resolución cuyo contenido deba causar asiento en el Registro Civil por afectar al estado civil de las personas, deberá remitir por medios electrónicos a la Oficina del Registro Civil testimonio o copia electrónica de la resolución judicial referida».

²⁰ En otras palabras, se trata del «título en sentido formal» que constata el «título en sentido material», o sea, la resolución judicial constitutiva de la condición de «concurtido» (Cfr., LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 168 y LINACERO DE LA FUENTE, 2002, 121).

²¹ Como se desprende del artículo 26 del TRLC «en el caso de que interpuesto recurso de apelación contra el auto de desestimación de la solicitud, el recurso fuera estimado por el tribunal superior, en el auto se fijará como fecha de la declaración de concurso la de la resolución apelada». Como señala PAU PEDRÓN «las limitaciones derivadas de la intervención o suspensión comienzan a producir efecto respecto del deudor desde la fecha del auto que declara el concurso. Aunque, según el artículo 21, apartado 5 de la Ley Concursal [22/2003] «el auto se notificará a las partes» y aunque, como dice el artículo 149 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la notificación de las resoluciones judiciales supone «dar noticia» de ellas, y sin esa noticia, su destinatario no puede considerarse oficialmente enterado de su contenido, la eficacia limitativa del auto se produce desde el momento mismo en que es dictado por el juez. Por tanto, los actos que el concursado otorgue por sí solo, antes de recibir la notificación de la resolución que declare el concurso, no son válidos, y por tanto no son inscribibles [en los registros de bienes]. No era necesario, pues—, desde la perspectiva registral —que el mandamiento que ordene la inscripción de la declaración de concurso exprese la fecha de la notificación. «El auto producirá sus efectos de inmediato» —dice el artículo 21, apartado 2 LC— «y será ejecutivo aunque no sea firme». El recurso de apelación que se interponga contra el auto de declaración de concurso «no tendrá efecto suspensivo», por lo que las limitaciones patrimoniales impuestas en el auto continuarán rigiendo. El juez puede, no obstante acordar lo contrario; «en tal caso —dice el artículo 20, ap. 2 LC— habrá de pronunciarse sobre el mantenimiento, total o parcial, de las medidas cautelares que se hubiesen adoptado» (PAU PEDRÓN, 2004, 35-36). Vid., artículo 25.1 TRLC.

²² Como señala PAU PEDRÓN, «a) Acto de administración es el que tiene por finalidad la conservación y explotación —obtención de rendimientos— del bien. b) Acto de disposición, en sentido amplio, es el que excede de esa finalidad, y tiene por objeto: a') un efecto traslativo o constitutivo, de manera que otra persona adquiere un derecho del titular anterior (acto de disposición en sentido estricto; por ejemplo, compraventa, donación, constitución de hipoteca, constitución de comunidad por agrupación de fincas de distintos propietarios, negocios sobre el rango hipotecario, la transacción en ciertos casos ...); b') un efecto de modificación físico-jurídica, o exclusivamente jurídica, en los que el acto que lo produce es unilateral (acto de riguroso dominio; por ejemplo, modificaciones hipotecarias, constitución en régimen de propiedad horizontal, cancelación registral...), entendiendo que en la expresión «actos de administración y disposición» están contenidos «todos los posibles actos de carácter patrimonial, tengan una eficacia real inmediata o sean solo obligaciones» (PAU PEDRÓN, 2004, 53-54).

²³ De acuerdo con la disposición transitoria segunda, en redacción dada por la Ley 6/2021: «El Ministerio de Justicia adoptará las disposiciones necesarias para la progresiva

incorporación de los datos digitalizados que consten en la base de datos del Registro Civil a registros individuales. A tal efecto, se incorporarán a los registros individuales todas las inscripciones de nacimiento practicadas en los Registros Civiles municipales, tanto principales como delegados, Consulares y Central, desde 1920, y todas las inscripciones de matrimonio, defunciones y tutelas y demás representaciones legales practicadas en los Registros Civiles municipales, tanto principales como delegados, Consulares y Central, desde 1950. El Ministerio de Justicia procederá a la recuperación informática de los asientos relativos a inscripciones anteriores a dichos años progresivamente, en función de las posibilidades presupuestarias». *Vid.*, artículo 25.1 y 32 TRLC.

²⁴ Artículo 19 Ley del Registro Civil 20/2011. Presunción de integridad. Principio de inoponibilidad. 1. El contenido del Registro Civil se presume íntegro respecto de los hechos y actos inscritos. En los casos legalmente previstos, los hechos y actos inscribibles conforme a las prescripciones de esta Ley serán oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil». «La formulación de la presunción de integridad del artículo 19 LRC 2011, no implica una ruptura con los efectos de la inscripción en el Registro Civil previstos en la legislación registral de 1957, la presunción de integridad aquí, no debe entenderse como presunción de inexistencia de los hechos no inscritos (v. gr. si el matrimonio no existe no está inscrito). En efecto, dicha presunción de integridad opera respecto a los hechos y actos inscritos (si el matrimonio está inscrito se presume que lo que publica el Registro es en definitiva la verdad oficial respecto al hecho inscrito)» (LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 124)

²⁵ Artículo 109 TRLC: «1. Los actos del concursado que infrinjan la limitación o la suspensión de las facultades patrimoniales acordada por el juez del concurso solo podrán ser anulados a instancia de la administración concursal, salvo que esta los hubiese convalidado o confirmado. 2. Cualquier acreedor y quien haya sido parte en la relación contractual afectada por la infracción podrá requerir de la administración concursal que se pronuncie acerca del ejercicio de la correspondiente acción o de la convalidación o confirmación del acto. 3. La acción de anulación se tramitará por los cauces del incidente concursal. De haberse formulado el requerimiento, la acción caducará al cumplirse un mes desde la fecha de este. En otro caso, caducará con el cumplimiento del convenio por el deudor o, en el supuesto de liquidación, con la finalización de esta. 4. Los actos realizados por el concursado con infracción de la limitación o de la suspensión de facultades patrimoniales no podrán ser inscritos en registros públicos mientras no sean confirmados o convalidados, alcance firmeza la resolución judicial por la que se desestime la pretensión de anulación o se acredite la caducidad de la acción».

²⁶ RODRÍGUEZ MARÍN, 2019, 205. Como señala la RDGRN 11/2016, de 15 de julio (JUR 2018, 77415) «El Registro ha de concordar con la realidad y, consecuentemente, debe reflejar cuantos hechos afecten al estado civil de las personas y sean objeto de inscripción. Así, según el artículo 1.5.º LRC [1957] son inscribibles «las modificaciones judiciales de la capacidad de las personas o que estas han sido declaradas en concurso, quiebra o suspensión de pagos». Por su parte, el artículo 46 de la misma ley establece que «...las modificaciones judiciales de capacidad, las declaraciones de concurso (...) y, en general, los demás [hechos] inscribibles para los que no se establece especialmente que la inscripción se haga en otra Sección del Registro, se inscribirán al margen de la correspondiente inscripción de nacimiento» y el apartado primero del artículo 38 LRC [1957] prevé la anotación, con valor simplemente informativo y con expresión de sus circunstancias, de «el procedimiento judicial o gubernativo entablado que pueda afectar al contenido del Registro, incluidas las demandas relativas a procedimientos de modificación de la capacidad». En concordancia con estos preceptos, el apartado primero del artículo 24 de la ley Concursal establece que «Si el deudor fuera persona natural, se inscribirán preferentemente, por medios telemáticos, en el Registro Civil la declaración de concurso, con indicación de su fecha, la intervención o, en su caso, la suspensión de sus facultades de administración y disposición, así como el nombramiento de los administradores concursales». Finalmente, el artículo 177 de la misma norma, en su apartado tercero, prevé la misma publicidad para la resolución firme que acuerde la conclusión del concurso y así se ha hecho en este caso. *El fundamento de la publicidad registral civil de estas situaciones derivadas de la previa declaración de concurso se encuentra en su afectación sobre la capacidad de obrar del interesado».*

²⁷ LINACERO DE LA FUENTE, 2013, 125. Señala LINACERO DE LA FUENTE: «En determinados supuestos, los hechos y actos inscribibles *solo son oponibles a terceros desde que accedan al Registro Civil*. El Registro Civil se rige por parámetros distintos al Registro de la Propiedad, por ello, no existe inicialmente en el Registro Civil la distinción de efectos de los asientos, *inter partes* y frente a terceros, básico en el Derecho inmobiliario Registral hasta el punto de dar lugar al desdoblamiento de los principios de legitimación y fe pública registral. *El principio hipotecario «lo no inscrito no perjudica a tercero» no rige, como regla general en ámbito del Registro Civil*. [O sea que lo no inscrito, sí perjudica a terceros como regla general]. No obstante, en determinados casos, el Código civil y la legislación registral disponen que el hecho inscribible no produzca efectos frente a terceros de buena fe hasta que no se inscriba en el Registro Civil [así, en la emancipación (arts. 318 CC, 70.4 párrafo 2, LRC 2011), tutela, curatela y sus modificaciones (arts. 73 LRC 2011, 218 CC), matrimonio (arts. 61, 3.º y 64 CC) y divorcio (art. 89 CC)]» (LINACERO DE LA FUENTE, 2021, 173).

²⁸ Señala la RDGRN 12224/2014, de 28 de octubre (*JUR* 2014, 2767/87): «En efecto, como ha declarado reiteradamente este Centro Directivo (*vid.*, Resoluciones de 12 de diciembre de 2007 [6.ª] y 28 [2.ª y 4.ª] y 29 [1.ª] de enero de 2008, estado civil), «conocido es que en el ámbito de los Registros de bienes la protección al tercero de buena fe que contrata confiado en la apariencia de los asientos registrales se desenvuelve a través de los principios de inoponibilidad [para los autores dualistas] y fe pública registral, de forma que en tanto el principio de legitimación protege al titular inscrito en un sentido estático, los principios de inoponibilidad y fe pública le protegen en sentido dinámico, es decir, en tanto que adquirente del derecho inscrito. Esta especial protección está basada en una suerte de presunción de integridad del contenido del Registro, en el sentido expresado por el aforismo «*quod non est in tabulas non est in mundo*», de forma que el derecho real no inscrito, o la causa de anulación o resolución no reflejada registralmente, no perjudican, es decir, se tiene por no existente, respecto del tercero de buena fe, esto es, que ignora de forma no negligente dicho derecho o causa. A los efectos de la resolución de este recurso procede que nos interroguemos sobre si estos mismos principios «*mutatis mutandis*» son trasladables al ámbito del Registro Civil, es decir, si la ausencia de inscripción puede dar lugar a una especial protección de los terceros desconocedores del cambio de estado civil, ocurrido en la realidad y todavía no inscrito. En una primera aproximación a la Ley del Registro Civil, podría resultar una inicial apariencia desfavorable a dicho planteamiento a la vista del preámbulo de la misma, en el que se indica que «el Registro Civil no goza de la presunción de integridad y, por tanto, no constituye prueba de los hechos negativos». Sin embargo, dicha expresión no es concluyente a estos efectos pues se dirige a justificar la introducción de los expedientes con valor de simple presunción del artículo 96 de la Ley del Registro Civil de 1957, tendente al logro de la prueba de los hechos negativos del estado civil. Y es que el hecho determinante de un concreto estado civil podrá haber acaecido extraregistralmente y no constar inscrito en el Registro Civil, lo que no permite que sea desconocido por el afectado o titular del mismo, frente a quien se producen todos los efectos jurídicos que le sean implícitos, pero la cuestión es si dicho estado civil no registrado puede o no perjudicar a terceros de buena fe. Ciertamente no se encuentran respuestas directas al interrogante planteado en la Ley del Registro Civil ni en su Reglamento. Sin embargo, el Código civil sí que es muy explícito en este sentido, pero no con carácter general sino de forma fragmentaria y en relación con aisladas instituciones del Derecho de familia o estados civiles concretos. Así, en su redacción originaria expresamente establecía una salvaguardia en favor de los derechos de terceros frente a ciertos actos no inscritos, en concreto el matrimonio y la emancipación, supuestos a los que se sumaron en virtud de las reformas legales de los años 1981 y 1983 los de divorcio y cargos tutelares (*cfr.* arts. 61, 89, 218 y 318 CC). A los supuestos anteriores contenidos en el Código civil debe añadirse el caso previsto por el artículo 77 de la Ley del Registro Civil..., el cual tras establecer que «Al margen también de la inscripción del matrimonio podrá hacerse indicación de la existencia de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico de la sociedad conyugal», agrega en su párrafo 2.º que «[Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.322 del Código civil,] en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de dicha indicación». Y más adelante indica: «La doctrina anterior en relación con las relaciones

entre los principios de oponibilidad propios de los Registros Civil y de la Propiedad ratifica el criterio que ya sostuvo este Centro Directivo en su anterior Resolución de 14 de mayo de 1984, en un supuesto de emancipación (a cuya inscripción en el Registro Civil el artículo 318 del Código civil atribuye igualmente eficacia de oponibilidad frente a terceros), en la que se afirmó que *«es indudable que la falta de inscripción en el Registro Civil no impide la eficacia de la emancipación no inscrita y de los actos consiguientes, tanto entre partes como respecto de terceros, si bien esta eficacia general de la emancipación, aún no inscrita, debe excepcionarse, de acuerdo con lo que disponía el entonces vigente artículo 316 del Código civil y que hoy se reitera con mayor rigor y precisión técnica en el artículo 318 (confróntese también en supuestos análogos artículos 61, 64, 89 y 218 del Código civil y 70 de la Ley del Registro Civil), para dejar a salvo de perjuicio a los terceros de buena fe (art. 7 CC) que puedan adquirir algún derecho en virtud de actos realizados no por el emancipado, sino por quien, sin la emancipación tendría su representación legal. Considerando que, como el Registro Civil es un Registro del estado y condición civil de la persona y no de cada uno de los actos de gestión realizados sobre los distintos derechos subjetivos (para lo que están los Registros de bienes), es necesario referir el precepto que, según el citado artículo 318, ampara al tercero, al ámbito que, según su ratio, le es propio y que ya ha sido señalado (es decir, la de la inoponibilidad del hecho inscribible no inscrito a fin de mantener la validez del acto mismo del que el tercero derive sus derechos); y, en cambio, es necesario no extender, más allá, el amparo que aquel precepto otorga al tercero hasta el punto de estimar incluso que, además, en colisión producida entre los derechos adquiridos por aquel tercero protegido y los adquiridos por otros en virtud de actos realizados regularmente por el emancipado mismo con arreglo a las normas que rigen su nuevo estado civil, siempre hubiera de vencer el tercero que ignoraba la emancipación y de tal modo que, en beneficio de este, el acto realizado directamente por el emancipado hubiera de considerarse un acto viciado. Considerando, por el contrario, que siendo unos y otros actos —los realizados directamente por el emancipado y los realizados por el representante legal—, suficientes para la adquisición legítima de los derechos —los primeros, por su concordancia con las normas ordinarias y los segundos por una disposición excepcional protectora de terceros—, la posible colisión de los derechos debe resolverse no ya por las normas que rigen la publicidad de la capacidad o de la consiguiente potestad sustitutoria de gestión —que ya han tenido su efecto en el ámbito que le es propio—, sino por las reglas ordinarias que resuelven la colisión de los derechos, según la respectiva naturaleza real o personal de los mismos y con aplicación, en su caso, de las normas que rigen la publicidad ya no del estado civil, sino de los derechos mismos en los distintos Registros de bienes»*. Por tanto, en caso de conflicto de intereses cuando estos recaen sobre bienes inmuebles o derechos reales, como ratifican las posteriores Resoluciones de este Centro Directivo de 12 de diciembre de 2007 (6.^a) y 28 (2.^a y 4.^a) y 29 (1.^a) de enero de 2008, estado civil, *se da prevalencia a los criterios que resultan del órgano oficial establecido específicamente para su publicidad*, esto es anteponiendo los principios que gobiernan el Registro de la Propiedad. Pero, como afirmaron las citadas Resoluciones, esta posición no puede ser asumida coherentemente sin al tiempo procurar una correcta coordinación entre este Registro y el Registro Civil, con objeto de evitar que aquella prevalencia se convierta en un grave quebranto a la eficacia legitimadora propia del Registro Civil».

²⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, 2020, 203-204.

³⁰ El folio que se abre al concursado en la sección primera se abre, según el Preámbulo del Real Decreto 892/2013, de 15 de noviembre, con la resolución por la que se deje constancia de la comunicación de negociaciones prevista en el artículo 5 bis de la Ley 22/2003, o con el auto de declaración del concurso.

2. DERECHO MERCANTIL

Acción de nulidad imprescriptible
y la de su resarcimiento prescriptible
(usura, nulidad y relevancia del crédito
revolving)
Parte II

*The imprescriptible action for nullity
and its prescriptible compensation
(usury, nullity and the relevance
of the revolving loan)
Part II*

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBÁ

Catedrático de Derecho civil Universidad de Oviedo

NATALIA MUÑOZ CASANOVA

*Doctora en Derecho. Abogada. Profesora asociada de Derecho civil
Universidad de Oviedo*

RESUMEN: El crédito *revolving* es un producto con amplia presencia en el mercado del consumo, que facilita el acceso a la financiación inmediata por sus sencillos trámites y sin requerirse garantías adicionales. El elevado tipo de intereses pactados, el propio funcionamiento de su especial modelo y su discutible cauce de comercialización cosecha múltiples litigios. En ocasiones los tribunales aplican en su tratamiento jurídico el polémico remedio contra la usura. Se plantea el problema de si cabe distinguir entre las acciones de nulidad, imprescriptible, frente a la de su resarcimiento, prescriptible; y las implicaciones jurídicas que acoge la diferencia. En especial, el régimen del *dies a quo* en el cómputo de su plazo. En su desarrollo se analiza la muy reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal Supremo que se ha vertido en la materia.

ABSTRACT: *The revolving credit is a product with a wide presence in the consumer market, which facilitates access to easy financing because of its immediate processing, without the need for additional guarantees. The high type of agreed interests, the functioning of its special model and its questionable marketing channel generate a great number of litigations. Sometimes, courts apply the controversial rules against usury in their resolution. The question arises as to whether it is possible to distinguish between actions for nullity, which are not subject of rules on limitation, and actions for claiming compensations, which are prescriptible, as well*

as the legal implications of this difference. In particular, the regime of the dies a quo in the calculation of its term. Its development examines the most recent case law of the Court of Justice of the European Union and the Supreme Court on the subject.

PALABRAS CLAVE: Acciones prescriptibles e imprescriptibles. Crédito revolving. Nulidad y usura.

KEY WORDS: *Prescriptible and imprescriptible actions. Revolving credit. Nullity and usury.*

SUMARIO: I. CAUCE JUDICIAL OPORTUNO: 1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER ACCESORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 2. INVALIDEZ Y NO INCORPORACIÓN. 3. EL CONTROL DE LA CLÁUSULA REGULADORA DE LOS INTERESES. 4. EXAMEN DE LA CLÁUSULA SOBRE LAS COMISIONES. 5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD. 6. RECOMPOSICIÓN DEL CONVENIO MUTILADO DE CLÁUSULAS ILÍCITAS.—II. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN. PLAZO Y *DIES A QUO*: 1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN. 2. DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*. 3. ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS OPERACIONES CANCELADAS. 4. PRESCRIPCIÓN Y RETRASO DESLEAL.—III. CONCLUSIONES (PARTE II).—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.

I. CAUCE JUDICIAL OPORTUNO

1. EL PROBLEMA DEL CARÁCTER ACCESORIO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Uno de los aspectos más sobresalientes de las condiciones generales estriba en su imposición por una parte del contrato a la otra, complementando así su acuerdo básico. Mientras no exista voluntad conjunta, tampoco atañe a los elementos esenciales del pacto. Su eficacia integradora les aleja del núcleo duro del convenio y solo son capaces de reproducir elementos accidentales del negocio¹. Con todo, el precio ha suscitado algún debate. Aun cuando la mayoría de los autores lo excluye de su contenido en clausulados impuestos —máxime si «*el señalamiento del precio no podrá nunca dejarse al arbitrio de una de las partes*» (art. 1449 CC)—, creen otros que su marginación comporta un perjuicio para los adherentes, a partir de condiciones generales que contemplan su redondeo².

En síntesis, las condiciones generales por hipótesis limitan su influjo a elementos complementarios del negocio y tienen carácter accesorio. Por todo ello, y en la medida en que cumplan los requisitos básicos de su incorporación, forman parte del contrato. Sin embargo, los asertos introducidos en los artículos 9 y 10 de la Ley 7/1998, de 13 de abril *sobre condiciones generales de la contratación* acerca de las repercusiones de la ineficacia del convenio sujeto a cláusulas generales ilícitas y los mecanismos integradores de su contenido cuando la invalidez sea parcial, siembran de incertidumbres este punto.

La Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, muestra las dificultades señaladas, siguiendo «la doctrina jurisprudencial que fijamos en la Sentencia del Pleno de esta Sala 628/2015, de 25 de noviembre». En efecto, «la normativa sobre cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores no permite el control del carácter “abusivo” del tipo de interés remuneratorio en

tanto que la cláusula en que se establece tal interés regula un elemento esencial del contrato, como es el precio del servicio, siempre que cumpla el requisito de transparencia»³. Sin embargo, advierte que «al tener la demandante la condición de consumidora, el control de la estipulación que fija el interés remuneratorio puede realizarse también mediante los controles de incorporación y transparencia, propios del control de las condiciones generales en contratos celebrados con consumidores». A fin de cuentas, no sucedió así por haberse cedido a la inoportuna *causa petendi* elegida por los actores con arreglo a la Ley de usura, que ya criticamos profundamente antes.

Contrario sensu, las recientes Sentencias del Tribunal Supremo del Pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, admiten que una cláusula en la que se determina el interés del préstamo mediante referencias a índices objetivos, no es que pueda, sino que debe, y así ha sido, enjuiciada desde la óptica de las cláusulas abusivas, sin perjuicio de que afecte a un elemento esencial del contrato en concreto, como es su precio. Incluso censura que dicha idea se hubiera deslizado en una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Es más, corrige su planteamiento cuando «argumentó que nuestra Sentencia 669/2017, de 14 de diciembre, negaba la contractualidad de la cláusula. No fue así: en el fundamento jurídico segundo, apartado 4, declaramos: “En consecuencia, como conceptualmente no es imposible que una cláusula en la que se establece el interés remuneratorio de un contrato de préstamo sea una condición general de la contratación, y como no consta que la que aquí nos ocupa fuera negociada individualmente, debe considerarse que tiene tal cualidad de condición general, en tanto que reúne todos y cada uno de los requisitos que hemos visto que son necesarios para su calificación como tal”. «Es decir, la falta de transparencia no determina *per se* la nulidad de la cláusula, sino que, al tratarse de una estipulación sobre un elemento esencial del contrato —el precio—, únicamente permite realizar un control de contenido sobre dicha cláusula», y el artículo 83 TRLGDCU «establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración».

2. INVALIDEZ Y NO INCORPORACIÓN

Las condiciones generales de la contratación o las cláusulas abusivas que no superen el filtro de licitud han de someterse a la sanción jurídica designada en el ordenamiento. A nuestro juicio con deficiente técnica, la ley distingue nulidad y no incorporación, pese a que, como no podía ser de otro modo, las acaba identificando no pocas veces a lo largo de su contenido. La invalidez a que se refiere la norma se denomina parcial y es el remedio jurídico previsto para otros supuestos análogos en las disposiciones comunes del Código civil, a la búsqueda de la mejor salvaguarda de los intereses de la parte menos favorecida y a quien lesiona el vicio anulatorio. Su verdadero alcance se funde con borrarlas del acuerdo, tenerlas por no puestas, que proviene del *favor negotii* y del *utile per inutile non vitiatur* como principios generales de Derecho en materia de contratación. En nuestra disciplina, traduce asimismo el axioma de garantía del deudor; que aquí encarna la mejor defensa concedida gracias al perjuicio *pro consumatore*⁴.

Muy confusamente adopta dicho régimen de «nulidad» el artículo 8.1 LCGC: «serán nulas de pleno derecho las condiciones generales que contradigan en perjuicio del adherente lo dispuesto en esta Ley o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de

contravención». Produce asombro que pretenda ineficaces las cláusulas *contra legem*, pero solo en la medida que perjudiquen al adherente. La sanción ordinaria descrita en el Código civil para los actos opuestos «a las normas imperativas y a las prohibitivas», es su invalidez de pleno derecho, si bien exceptúa la hipótesis en «que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención» (art. 6.3 CC),

En consecuencia, «la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas, no determinará la ineficacia total del contrato, si este puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia» (art. 10.1 LCGC). Parece difícil, pero no imposible, que las estipulaciones ilícitas y en serie arrastren el contrato a su caduca suerte, hasta el extremo de hacerlo inviable sin su concurso. En esta línea opera el artículo 9.2, *in fine*, LCGC, pues advierte que se «declarará la nulidad del propio contrato cuando la nulidad de aquellas o su no incorporación afectara a uno de los elementos esenciales del mismo en los términos del artículo 1261 del Código civil»⁵.

Por el contrario, esta fórmula radical es algo más compatible con las cláusulas abusivas, porque su definición comporta que no han sido «negociadas individualmente» y en la medida «que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (art. 82.1 TRLGDCU). Como es lógico, también son proscritas del ordenamiento mediante la providencia ordinaria de invalidez parcial por razones materiales. Así se declara en su norma específica, el artículo 83, *in initio*, TRLGDCU: «las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas» (repetida en el art. 8.2 LCGC).

Parece un despropósito introducir en el contrato una cláusula abusiva que comprometiera su destino conjunto, mas tampoco es por completo inaudito que, aprovechándose de una concreta situación de privilegio, una de las partes imponga determinado pacto a la otra, cuyo contenido puede ser esencial en la completa suma del vínculo. La duda estriba en si la ineficacia de aquel inciso debe propagarse al entero contrato. La trascendencia de dichas cláusulas abusivas es aquilatable casuísticamente, tanto en su horizonte objetivo como subjetivo, pues que subordine a su existencia la del propio acuerdo depende de cada postura concreta. Luego la esencialidad no es ambivalente al margen de los protagonistas, y tampoco autoriza siempre la quiebra del nexo jurídico en que se introduce⁶.

En la práctica, la inmensa mayoría de las condiciones desequilibrantes para el consumidor que se adhiere pueden de un modo u otro corregirse por el juez, «teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa» (como elocuentemente decía el antiguo artículo 10 bis.1, pfo. 4, *in fine*, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*). En este sentido, creemos que operan las expresiones, que parecen olvidarse, del segundo aserto del vigente artículo 83, párrafo 1, TRLGDCU: «el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas».

En cuanto a la forma de poner en práctica las sanciones previstas contra las cláusulas típicas e ilegales, el artículo 9.1 LCGC expresa rotundamente que «la declaración judicial de no incorporación al contrato o de nulidad de las cláusulas de condiciones generales podrá ser instada por el adherente de acuerdo con las reglas

generales reguladoras de la nulidad contractual». Ello implica que, fuera de los cauces previstos en el capítulo IV LCGC para las «acciones colectivas de cesación, retractación y declarativa de condiciones generales», sujetas a un criticable régimen de legitimación restringida, las demandas tendentes a la nulidad de condiciones generales emprendidas por un afectado particular cualquiera —para quien se diseña la Ley, en cuanto adherente y consumidor—, caen dentro del esquema común descrito en el ordenamiento.

3. EL CONTROL DE LA CLÁUSULA REGULADORA DE LOS INTERESES

El Tribunal Supremo, en su Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, deja expedita la posible nulidad por falta de transparencia de la cláusula que regula los intereses remuneratorios; y, en especial, la que configura el sistema *revolving*, al tratarse de condiciones que contemplan elementos esenciales del contrato.

A su tenor, la cláusula que disciplina los intereses deberá someterse a un primer control de incorporación, dirigido a comprobar que resulta legible y que su texto sea lo suficientemente claro para ser entendido por los adherentes, de manera que refleje su consentimiento. Para ello, la primitiva faceta de análisis constituye su perceptibilidad; es decir, la sencillez con la que la cláusula de referencia puede reconocerse como condición general del contrato y, particularmente, la manera en la que sus caracteres son percibidos. Su escrutinio ha de tener en cuenta todas las circunstancias que hacen legible un escrito para una persona normal, sin acudir a un esfuerzo extraordinario. Son apreciables, por consiguiente, aspectos como el tamaño de letra, el color, la calidad de la impresión del texto, la ubicación de las cláusulas en el contrato y su contraste con el resto de las condiciones generales, etc. El examen de tales facetas dependerá de cada caso en concreto. No es descartable que algunos contratos de dicha naturaleza, particularmente los más antiguos, presenten óbices para superar este control.

Para que una cláusula se considere debidamente inserta en un contrato, aparte de su perceptibilidad, ha de ser comprensible. Con ello se hace referencia, sobre todo, a la claridad y sencillez de su redacción y a su concreción expositiva. En nuestro criterio, ambas cualidades van unidas para las cláusulas que regulan los intereses en los créditos *revolving*, ya que su tenor tampoco induce a ningún añadido complejo. Con todo, el problema no admite solución tan pacífica cuando, junto a la estricta invalidez de la cláusula de intereses, los clientes instan la nulidad del sistema *revolving*, no incluido siempre con la oportuna evidencia en los contratos.

Un requisito íntimamente relacionado con la comprensibilidad es la concreción, que repudia textos ambiguos en las cláusulas. Obsta, de dicho modo, que pueda el predisponente obtener beneficios injustificados a causa de una fórmula vaga o poco precisa de la estipulación. Impide que la escritura ofrezca rodeos y preámbulos, a la vez que promueve las especificaciones claras y sencillas acerca del objeto de regulación. No se ponderan dificultades de comprensibilidad señaladas en estos contratos, excepto los que no definen a las claras el tipo de interés nominal y la TAE.

Aun cuando la cláusula en la que se regulan los intereses pudiera superar el control de incorporación, todavía es preciso incluir un segundo filtro de transparencia, más de fondo. Su fin tiende a comprobar si el consumidor ha podido conocer la carga económica y jurídica que comporta la concreta estipulación inserta en el contrato.

La valoración que realiza el Tribunal Supremo en la Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, pone su acento en las particularidades de dicha clase de préstamos, cuyo límite se recompone sobre la marcha y las cuantías de las amortizaciones no suelen ser muy gravosas en comparación con la deuda pendiente. Asimismo, alargan mucho el tiempo de pago de las cuotas, con una elevada proporción para los intereses y exigua para satisfacer el capital, perpetuando su deuda. Ello, «hasta el punto de que puede convertirse al prestatario en un deudor cautivo y los intereses y comisiones devengados se capitalizan para devengar el interés remuneratorio». Concluye la resolución que las características particulares del crédito *revolving* implican factores de conocimiento sustantivo para cualquier consumidor. Así, antes de cerrar el contrato debe advertir el cliente su concreta carga económica y su preciso desarrollo.

Este pronunciamiento destaca la forma de comercializar el producto, que, como hemos indicado, se canaliza por personal sin experiencia ni formación específica en cuestiones financieras. Luego permite deducir una defectuosa puesta en el tráfico jurídico y económico, en la que no se informó adecuadamente al destinatario ni del exacto importe de los intereses aplicables, ni del específico funcionamiento del sistema *revolving*. No resulta extraño que, por este conjunto de circunstancias, con frecuencia los tribunales concluyan que las cláusulas remuneratorias y, en especial, las relativas al modelo *revolving* se frustren por el filtro de transparencia.

4. EXAMEN DE LA CLÁUSULA SOBRE LAS COMISIONES

Tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden en señalar que las comisiones, aun cuando puedan incidir en el coste total del préstamo, no pueden considerarse una condición básica del vínculo. El propio Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 16 de julio de 2020 (C-224/19 y C-529/19), así lo establece al referirse a estas cláusulas⁷. Advierte, además, esta resolución que «el artículo 3 apartado 1 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que una cláusula de un contrato de préstamo celebrado entre un consumidor y una entidad financiera que impone al consumidor el pago de una comisión de apertura puede causar en detrimento del consumidor, contrariamente a las exigencias de buena fe, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato, cuando la entidad financiera no demuestre que esta comisión responde a servicios efectivamente prestados y gastos en los que haya incurrido, extremo cuya comprobación incumbe al órganos jurisdiccional recurrente».

Aunque la idea se vierta sobre la comisión de apertura de un préstamo hipotecario, cabe hacerla extensiva también a las análogas pactadas en los créditos *revolving*. Por tanto, la invalidez de dichos cargos pende de un juicio de abusividad, y no del doble control de transparencia, circunscrito a las condiciones esenciales del contrato.

Así pues, resulta preciso discernir en qué consta el control del eventual carácter abusivo de la cláusula sobre comisiones. El artículo 82 TRLGDCU advierte que serán abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (núm. 1). «El carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la

naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa» (núm. 3). A su vez, los artículos 85 a 90 del propio texto establecen una lista negra de cláusulas «en todo caso» abusivas. Esto es, el legislador valora y califica su naturaleza sin menester de que se imponga el análisis judicial del desequilibrio concreto. Basta con que no haya mediado una verdadera y genuina negociación individualizada sobre su contenido.

A la vista de los preceptos transcritos, el control de abusividad implica un examen que se bifurca. Por un lado, ha de comprobarse si estamos en presencia de una cláusula perteneciente a la lista negra contemplada en la ley. Si no fuera el caso, procede su control de contenido; es decir, una valoración de las consecuencias de su relieve, a efectos de reconocer un eventual desequilibrio importante de derechos y obligaciones entre las partes, según la naturaleza del supuesto. Este filtro a su vez conlleva indagar los contrastes entre la situación que crea la cláusula y el equilibrio que presupone la norma dispositiva en defecto de pacto.

El Tribunal de Justicia, como intérprete del Derecho de la Unión, nos ofrece las claves del concepto «*desequilibrio importante*» que caracteriza el abuso. La primera medida que propone para resolver esta cuestión es que los desmanes afectan no solo a las prestaciones económicas prioritarias, sino que también encuentra espacio en los derechos y deberes asumidos, cuya falta notoria de reciprocidad sería un indicio evidente del fenómeno. Conforme a esta doctrina, resulta básico proceder a un análisis de las normas internas aplicables en ausencia de pacto para determinar si el convenio reduce al consumidor a una posición jurídica menos favorable que la prevista en su ausencia por el Derecho nacional concernido. En suma, ha de comprobarse si quien la dispuso, tratando de manera honesta y equitativa con el consumidor, pudo estimar razonablemente que aceptaría esta la cláusula concreta en el marco de una negociación individualizada (cfr. STJUE de 13 de marzo de 2013, caso Aziz, C-415/11, entre otras). Si la estipulación disputada no soporta este control de contenido, ha de predicarse su nulidad absoluta o de pleno derecho por abusiva.

El régimen jurídico aplicable a las comisiones consta en la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, *de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios*. En virtud de lo establecido por su artículo 3.1, «*Las comisiones percibidas por servicios prestados por las entidades de créditos serán las que se fijen libremente entre dichas entidades y los clientes. Solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos*»⁸. En paralelo sentir se pronunció el Banco de España en su Circular 8/90, de 7 de septiembre, *sobre transparencia de las operaciones y protección de la clientela* (actualmente Circular 5/2012, de 27 de junio). Indica el supervisor en su norma 3.^a, apartado 1, que «*todas las entidades de crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles a la clientela por las operaciones o servicios realizados o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la Orden y en la presente circular*». «*Las tarifas comprenderán todas las operaciones o servicios que la entidad realiza habitualmente*».

Pese al arbitrio con que cuentan las entidades para establecer las comisiones, no es actividad exenta de constancia por el supervisor, ya que deberán de ser publicadas, previo registro en el Banco de España⁹. Si la normativa sectorial permite a las financieras decidir libremente las comisiones aplicables, sin más límite que lo dispuesto en la normativa que requiere noticia y publicación por el regulador

bancario, no entendemos que medien cortapisas que autoricen a defender con carácter abstracto la nulidad de dichas estipulaciones. Insistimos en que supone un cometido bajo supervisión pública, lo que de suyo justifica nuestro criterio.

La comisión derivada de reclamaciones por deudas o descubiertos vencidos e impagados, que con frecuencia se impugna de contrario en los asuntos sobre tarjetas *revolving*, trae su causa o motivo en la recuperación de los costes que asumiría la entidad como consecuencia de las reclamaciones oportunas frente a las posibles cuotas no satisfechas. Ahora bien, según ha establecido de forma reiterada el Banco de España, desde la óptica de las buenas prácticas sectoriales, estas comisiones solo se justifican si se acredita: (i) que su devengo está vinculado a la existencia efectiva de gestiones de reclamación contra el cliente deudor (sin que, a tal propósito, baste la simple remisión de una carta periódicamente generada por ordenador); (ii) que sea única en la reclamación de un mismo saldo (aunque se considera compatible con repercutir los gastos asumidos por la entidad como consecuencia de la intervención de terceros en el asunto); (iii) que su cuantía sea específica y no porcentual; y (iv) que su eficacia no resulte inmediata o automática, sino que la reclamación debe ajustarse a las circunstancias concretas de cada impago y cliente; solo así, bajo el principio de la buena fe, se justifica emprender gestiones individualizadas de recuperación.

En suma, la pauta que siguen la mayoría de las Audiencias al respecto es considerar que la cláusula únicamente puede reputarse válida cuando no se prevea su devengo automático por impago; es decir, si su contenido contempla que se hará depender su cobro de que haya efectivas gestiones de reclamación. Además, exigen acreditarse gestiones efectivas para reclamar la deuda y de suficiente categoría individualizada. No es fácil para las entidades ofrecer prueba circunstanciada del hecho, máxime teniendo presente la masiva cantidad de reclamaciones, por lo que resultará difícil en la práctica defender la eficacia de la comisión.

5. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD

El artículo 83 TRLGDCU es nítido al disponer la sanción que apareja el decreto como abusiva de una cláusula. Recoge su apartado inicial que *«las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas»*. Continúa su inciso segundo, tras su cambio reciente, advirtiendo que *«a estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*.

El contenido de la regla debe vincularse con lo dispuesto por los artículos 8 a 10 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Aun cuando se observen algunas diferencias en su tenor literal, la doctrina suele inducir el régimen de la invalidez de las cláusulas no negociadas en contratos con consumidores integrando lo previsto en ambas disciplinas. Según una exégesis correcta de sendos regímenes, la declaración de abuso recibe por castigo la nulidad de pleno derecho de la cláusula concernida. En otras palabras, se tendrá por no puesta, subsistiendo el resto del contrato en la medida en que pueda seguir desplegando su relieve sin la estipulación declarada nula.

En el estudio acerca de la invalidez de la cláusula sobre las comisiones del crédito, veamos que no existe obstáculo apreciable para considerar que prospera el contrato aun sin esa estipulación. Es de temer que no suceda lo mismo cuando se determine la nulidad de la cláusula en la que se regula el tipo de interés. Parece

lógico inducir que un vacío, al tenerse por no puesta, implica la ruina íntegra del contrato.

Sin embargo, bien podría tratarse de una conclusión algo precipitada. En apoyo de la idea cabe traer a colación lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 11 de septiembre, que recoge la doctrina del Tribunal de Justicia en su Sentencia de 15 de marzo de 2012 (Perenicová, C-453/10). A su vista, «por lo que se refiere a los criterios que permiten determinar si un contrato puede efectivamente subsistir sin las cláusulas abusivas, procede señalar que tanto el tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 como los requisitos relativos a la seguridad jurídica de las actividades económicas abogan por un enfoque objetivo a la hora de interpretar esta disposición, de manera que, como ha señalado la Abogado General en los puntos 66 a 68 de sus conclusiones, la posición de una de las partes en el contrato, en el presente caso el consumidor, no puede considerarse el criterio decisivo que decida sobre el ulterior destino del contrato». Estas conclusiones, en sus apartados 67 y 68 sostenían lo siguiente:

«67. [...] Junto a una mejor protección del consumidor, el legislador perseguía, según el séptimo considerando, estimular la actividad comercial en el ámbito de aplicación de la Directiva [...]. No obstante, una actividad comercial solo podrá desarrollarse allí donde se garantice la seguridad jurídica de los agentes económicos. Esta incluye la protección de la confianza de los agentes económicos en la continuidad de las relaciones contractuales. Una normativa según la cual la eficacia de un contrato en su conjunto dependa únicamente del interés de una parte contractual puede no solo no fomentar esa confianza, sino que podría incluso quebrantarla a largo plazo. De la misma manera que, de tal modo, podría reducirse la disposición de los profesionales a llegar a acuerdos con los consumidores, la finalidad del establecimiento del mercado interior podría eventualmente fracasar. El artículo 6 de la Directiva 93/13 también tiene en cuenta esta finalidad al limitarse a procurar el equilibrio en las relaciones contractuales».

«68. [...] la actitud subjetiva del consumidor hacia el, por lo demás, contrato residual que no haya de calificarse de abusivo no puede considerarse un criterio decisivo que decida sobre su ulterior destino. A mi juicio serían, en cambio, decisivos otros factores como por ejemplo la posibilidad material objetivamente apreciable de la aplicación subsiguiente del contrato. Lo último podría eventualmente negarse cuando, como consecuencia de la nulidad de una o de varias cláusulas, hubiera desaparecido el fundamento para la celebración del contrato desde la perspectiva de ambas partes contratantes. Excepcionalmente podría por ejemplo considerarse una nulidad total del contrato cuando pudiera darse por supuesto que el negocio no se habría realizado sin las cláusulas nulas conforme a la voluntad común real o hipotética de ambas partes porque la finalidad o la naturaleza jurídica del contrato ya no sean las mismas. El examen de si estos requisitos se cumplen en el caso concreto corresponde al juez nacional que deba aplicar la Directiva 93/13 o su normativa de transposición».

Con todo, en nuestra opinión, cuando se declara la nulidad de la cláusula en la que se regulan los intereses, su efecto no debería ser únicamente suprimir la cláusula y que se mantenga el resto del contrato vigente sin remuneración, sino que procede mejor la invalidez íntegra del contrato, ya que sería evidente que no se hubiera realizado el negocio sin la cláusula nula. Sostener la vigencia de un crédito *revolving* sin intereses, a nuestro juicio, resulta extraño absolutamente a la propia naturaleza jurídica del acuerdo conjunto.

Ahora bien, prestando atención al espíritu de la tesis expuesta, la óptima fórmula que cupiera ofrecer a la justicia pasa por restaurar el equilibrio de las prestaciones. Reducir los intereses a su ordinario margen con arreglo al tipo de operación analizada constituye una medida con encaje legal, lógica jurídica y propósito social traducido en términos económicos globales, que nunca deberían desestimarse. La sabia ponderación en la facultad moderadora de los tribunales aporta sin duda un plus de análisis y tratamiento jurídico del problema que aquí se suscita. Ello permite huir de soluciones tan drásticas como las que acusan las entidades financieras en el supuesto del crédito *revolving*, máxime por el inadecuado recurso a la Ley de usura y sus atribuciones excesivas por desequilibradas en los actuales parámetros del asunto.

6. RECOMPOSICIÓN DEL CONVENIO MUTILADO DE CLÁUSULAS ILÍCITAS

En efecto, junto al problema de la purga de las condiciones generales y cláusulas abusivas, también suscita interrogantes el remedio que la ley ofrece para completar los contratos que se vean sustraídos de su parte ilícita. Se trata de urdir fórmulas para mantener la vigencia práctica del acuerdo que ahora resulta parcialmente amputado de diversas cláusulas declaradas nulas o no puestas, como alternativa de la declaración de invalidez total del vínculo.

En pleno paralelo con el régimen implementador del contrato que reflejaba el artículo 83 TRLGDCU para los pactos abusivos¹⁰, el artículo 10.2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *de condiciones generales de la contratación* alude a que «la parte del contrato no afectada por la no incorporación o la declaración de nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código civil y disposiciones en materia de interpretación contenidas en el mismo». A raíz de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica la primera de las normas citadas, «A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato, el cual, no obstante, seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»¹¹.

La tarea, como indica *expressis verbis*, compete al juez, lo cual resulta lógico en la medida en que forma parte de la hermenéutica de los contratos sometidos a su dictamen. Las fuentes, en palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo 1097/2004, de 11 de noviembre, radican en las disposiciones «generales para la interpretación de los contratos, contenidas en el Código de Comercio (art. 58 y sigs.) y Código civil (art. 1281 y sigs.)». Por tanto, habrá que buscar la voluntad común de las partes, que se descubrirá, en primer término, con el sentido recto, propio y usual de las palabras (art. 57 del Código de Comercio). Ahora bien, si las palabras parecieran contrarias a la intención de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas (art. 1281.2 CC). Para juzgar la intención de los contratantes debe atenderse principalmente a los actos de estos (art. 1282 CC).

Es decir, la concertación de un negocio determinado solo puede obedecer a una voluntad conjunta expresada de modo hábil y tales hechos deben respetarse. La integración de los vacíos por ineficacia de las cláusulas ilícitas exige su reemplazo a la vista del propósito conjunto de las partes, inducido del global acuerdo mutuo del que se apartaron aquellas. Así se comprende la cita que introduce la Ley de Condiciones Generales de la Contratación acerca del artículo 1258 del Código civil (cfr. art. 10.2 LCGC), a cuyo tenor, «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de

lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley». Los contratos gozan *per se* de un alcance típico y ordinario, acorde a su manera de ser. Cuando los protagonistas no hayan pactado nada o pierda lo convenido su fuerza por óbice jurídico, entra en liza este mecanismo integrador, que respeta las fuentes consuetudinarias y legales. A ello se suma la regla de la buena fe, cuyo relieve ha sido puesto de manifiesto por la doctrina en su conjunto. Así se logra conjurar el *horror vacui* que parece sentirse ante cláusulas privadas de vigencia por notoria ilicitud.

El bagaje arquetípico de los contratos con arreglo a la categoría en que se materialicen proviene de la voluntad de las partes debidamente declarada. Su manifestación es tan insoslayable que constituye la primera pauta interpretativa de su resultado: «*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*» (art. 1281, pfo. 1, CC). Además, en hipótesis de discordancia externa —fenómeno conocido desde antiguo bajo la rúbrica de los *verba/voluntas*— prevalece su efectivo deseo sobre lo expresado por los partícipes (cfr. art. 1281, pfo. 2, CC), cuya verdad se averigua gracias «*principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato*» (art. 1282, *in fine*, CC). Las lagunas en este orden se complementan con criterios objetivos dictados por la recta lógica; y así, por ejemplo, «*cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar*» (art. 1283 CC). Esta vertiente anímica obedece a la esencia de los contratos, que suponen concierto de voluntades sobre causa y materia (cfr. art. 1262 CC). Claro está que dicho propósito se desprende de su apta manifestación en Derecho, mediante los términos en que se vertebra, por ello no cabe omitir el adecuado contexto en que se inserta, pues «*las cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*» (art. 1285 CC).

Puede suceder que la faceta subjetiva de interpretación tampoco aporte soluciones hábiles para regir un determinado supuesto. Entonces operan fórmulas más abstractas, que señalan el verdadero sentido de lo aceptado. Así, «*las palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquella que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato*» (art. 1286 CC). En concreto, «*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*» (art. 1289, pfo. 1, CC).

Como puede colegirse, late aquí la idea expresada en el artículo 1274 del Código civil acerca de la causa de los contratos, que apunta en esta oportuna dirección objetiva y de máxima reciprocidad en los onerosos. En efecto, el despliegue del pacto desborda su simple declaración fundante. La entidad jurídica que produce se alimenta de fuentes legales —dispositivas en la tradición codificadora—, consuetudinarias —cuyo empleo alumbra el sentido y alcance de lo convenido, según el artículo 1287 del Código civil: «*el uso o la costumbre del país se tendrán en cuenta para interpretar las ambigüedades de los contratos, supliendo en estos la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*», axiológicas —la buena fe marca sus límites difusos— y, sobre todo, apropiadas a la categoría que asuman. Las reglas hermenéuticas igualmente incorporan principios jurídicos generales de la disciplina contractual, como el *favor negotii* o de la conservación de negocio. Luego «*si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido,*

deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto» (art. 1284 CC). Interesa reconocer que las cláusulas polémicas serán interpretadas en términos de vigencia y no de frustración de su propósito, pues «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» (art. 1289, pfo. 2, CC).

En cualquier caso, las alusiones que realizaba el antiguo artículo 83.2 TRLGDCU antes de su reforma por Ley 15/2019, de 15 de marzo, a los poderes moderadores del juez no pueden resultar más elocuentes y significativas: «A estos efectos, el juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor o usuario. Solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato». En su actual versión, nada varía de fondo, por cuanto el acuerdo *«seguirá siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, siempre que pueda subsistir sin dichas cláusulas»*. En el caso de que se aprecie la existencia de intereses remuneratorios desmedidos, con su oportuna corrección moderadora resultaría suficiente para reponer la justicia.

Con arreglo a la Sentencia del Tribunal Supremo 149/2020, de 4 de marzo, que se basa en su previa Sentencia de pleno 628/2015, de 25 de noviembre, «la TAE del 26,82% del crédito revolving (que en el momento de interposición de la demanda se había incrementado hasta el 27,24%), ha de compararse con el tipo medio de interés de las operaciones de crédito mediante tarjetas de crédito y revolving de las estadísticas del Banco de España, que, según se fijó en la instancia, era algo superior al 20%, por ser el tipo medio de las operaciones con las que más específicamente comparte características la operación de crédito objeto de la demanda. No se ha alegado ni justificado que cuando se concertó el contrato el tipo de interés medio de esas operaciones fuera superior al tomado en cuenta en la instancia». Salta casi a la vista que una diferencia entre «la TAE de 26,82%» y la ordinaria de «algo superior al 20%» no puede implicar que se declare usurario sin otras matizaciones más sutiles y equilibradas.

No creemos que una justa ponderación lleve a calificarlo, según se afirma, como «notablemente superior» y «manifiestamente desproporcionado» y sobre todo traer consigo la consecuencia de su eliminación radical y de plano. Con arreglo al artículo 3 de la Ley de represión de usura, *«Declarada con arreglo a esta ley la nulidad de un contrato, el prestatario estará obligado a entregar tan solo la suma recibida; y si hubiera satisfecho parte de aquella y los intereses vencidos, el prestamista devolverá al prestatario lo que, tomando en cuenta el total de lo percibido, exceda del capital prestado»*. La comparación entre cerca de un 6% del apreciado desajuste y el más del 20% que se priva no parece que sea muy equitativo. Se constata un desequilibrio que ronda tres veces y media de diferencia entre la sanción y su remedio.

En esta línea, incluso el Voto particular a las Sentencias del Tribunal Supremo del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, suscrito por el magistrado Arroyo Fiestas, que considera el índice IRPH en el cálculo del interés de los préstamos hipotecarios abusivo, no pretende la devolución de los intereses al completo. A su juicio, por el contrario, «se debería sustituir el IRPH, por el Euribor, con la restitución de las cantidades indebidamente percibidas por la parte demandada»; esto es, recomponer la situación sin excesos.

Simile modo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 de diciembre de 2016 (C-154/15, C-307/15 y C-308/15), superando planteamientos anteriores menos favorables¹², establece: «66. Por consiguiente, si bien es verdad que corresponde a los Estados miembros, mediante sus respectivos Derechos nacionales, precisar las condiciones con arreglo a las cuales se declare el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato y se materialicen los efectos jurídicos concretos de tal declaración, no es menos cierto que la declaración del carácter abusivo de la cláusula debe permitir que se restablezca la situación de hecho y de Derecho en la que se encontraría el consumidor de no haber existido tal cláusula abusiva, concretamente mediante la constitución de un derecho a la restitución de las ventajas obtenidas indebidamente por el profesional en detrimento del consumidor en virtud de la cláusula abusiva».

En otras palabras, resulta mucho más razonable corregir las prebendas y beneficios lucrados abusivamente, gracias a su oportuna reducción hasta su ámbito natural, con arreglo a la naturaleza del negocio. Sin el añadido de sanciones complementarias a su conducta que le priven del interés adecuado a las circunstancias, que debería mantenerse para reponer la justicia. Muy al contrario ha sucedido en el supuesto de las tarjetas *revolving*, por aplicación de una ley vetusta, que responde a un periodo histórico ya caduco y con un afán moralista del todo ajeno a las actuales circunstancias que impulsan el ordenamiento jurídico democrático y moderno, no vindicante ni vengativo.

Parece mucho más lógico asumir la facultad moderadora de los tribunales, que permita recomponer los intereses excesivos a su ámbito lógico en cuanto a su media, corrigiéndolos a la baja. Sería preferible al severo castigo de considerarlos eliminados. En esta línea operan sin duda las normas de integración del contrato mientras se corrija su contenido por extinguir las cláusulas abusivas: la máxima eficacia posible y la mayor reciprocidad de ser oneroso deben acogerse sin reservas. Relieve que ha de predicarse para los dos partícipes del negocio, no solo para uno mediante políticas protectoras claramente desorbitadas.

II. RÉGIMEN DE LA PRESCRIPCIÓN

1. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REINTEGRACIÓN

Considerando que las acciones de reintegro prescriben, resulta inevitable determinar qué periodo de prescripción compete¹³. A nuestro criterio, el plazo más oportuno es el establecido en el artículo 1964.2 del Código civil. Tras su modificación operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*, se fija en cinco años, siempre que sean aplicables las reglas de Derecho común.

Antes, el término general, a falta de otro específico, para las acciones civiles personales era de quince años. Ahora, el artículo 1964 del Código civil, en su número segundo, establece que «*las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación*». Este precepto ha de interpretarse conforme a lo prevenido en la disposición transitoria quinta de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, que contempla una eficacia retroactiva parcial. A su tenor, «*el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código civil*». Este decide que «*la prescripción comenzada antes*

de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surgirá esta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo». Interpretando el régimen en su conjunto, podríamos considerar que, si la acción de restitución hubiera nacido antes del 7 de octubre de 2015, a la entrada en vigor de la Ley 42/2015¹⁴, la regla que se aplica es el plazo de prescripción de quince años, que dispuso la redacción previa del artículo 1.964, *in fine*, Código civil, aunque debiendo durar más allá del 7 de octubre de 2020, prescribirá en esa fecha. En cambio, si tal acción ha nacido después del 7 de octubre de 2015, cesará en cinco años, conforme al nuevo texto del artículo 1964.2 del Código civil¹⁵.

Una buena parte de la doctrina sigue dicha postura. Para DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN la nulidad, en cuanto acción meramente declarativa, es imprescriptible, pero los efectos restitutorios quedan sometidos al plazo del artículo 1964 del Código civil¹⁶. En idéntica línea, MARÍN LÓPEZ recuerda que, ni en la Directiva 93/13/CEE, ni en las normas de su transposición al Derecho español, existe ningún precepto que marque un término de prescripción propio para restituir lo ejecutado en virtud de una cláusula nula¹⁷. Por este motivo, propone también el periodo general de prescripción contenido en el artículo 1964 del Código civil¹⁸.

Los tribunales de justicia españoles vienen asimismo aplicando, de forma mayoritaria, el susodicho ámbito temporal. Podemos traer a colación, a título de buen exponente por su amplio desarrollo de la materia, la Sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Ourense 61/2017, de 21 de febrero. Intentando zanjar la polémica sobre la vigencia de los respectivos plazos del artículo 1301 del Código civil o del 1964 del mismo Cuerpo legal, decide que «la acción que se ejercita en este procedimiento es la acción individual de nulidad de una condición general, que no está sujeta a un plazo de prescripción conforme al artículo 19 de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación. Esta ausencia de plazo de prescripción o de caducidad es coherente con el sistema instaurado por dicha Ley, ya que la declaración de nulidad, según los artículos 9 y 10 de la misma, es la de pleno derecho o absoluta, y no la relativa o anulabilidad sujeta a plazo de caducidad, del artículo 1301 del Código civil. Se trata de una nulidad parcial de una categoría distinta de las clásicas nulidades totales o absolutas y nulidades relativas o anulabilidades, no sujeta al plazo específico del artículo 1301 del Código civil, previsto para una clase de nulidad que no es la derivada del Derecho de consumo y que por no preverse en el artículo 19 de la LCGC plazo de prescripción para esta acción, ha de sujetarse al plazo general de 15 años».

En efecto, prosigue, «las reglas de la nulidad relativa o anulabilidad, que son las que regula el Código civil en los artículos 1301 a 1304 se encuentran referidas a la anulación del contrato por vicios en el consentimiento que lo invalidan; por ello, se refieren al consentimiento contractual que afecta a la formación de voluntad en la contratación, mientras que la acción de nulidad que se ejercita no lo es por vicio de consentimiento en sentido clásico —defecto de formación del consentimiento error-vicio—, sino que afecta a la información recibida de forma que, siendo hábil el consentimiento para obligarse con carácter general, una determinada cláusula del contrato ha pasado desapercibida por ser incorporada sin la debida transparencia, de tal forma que puede conservarse el resto del contrato conforme a la regla *“utile per inutile non vitiatur”*». «Pero es que hay más, existe cierta discrepancia doctrinal y jurisprudencial en relación con si el plazo de cuatro años que regula el artículo 1301 es de caducidad o de prescripción; de asumirse

la primera de las tesis, resultaría que los plazos para las acciones individuales de condiciones generales de la contratación serían de caducidad, mientras que el plazo para el ejercicio de las acciones colectivas sería de prescripción, pues el artículo 19 LCGC, tras regular la imprescriptibilidad de las acciones de cesación y retractación, así como de la declarativa, establece ciertas excepciones a esta norma general a partir del hecho de que las mismas estuviesen inscritas en el Registro General de Condiciones de la Contratación, estableciendo plazos que lo son, indubitadamente de prescripción».

Luego, acaba, «estas reflexiones hacen inaplicable la remisión “a la gruesa” [sic] de todo el sistema de nulidad contractual: podría hablarse, todo lo más, de una remisión “parcial” a este sistema, por ejemplo, en lo que se refiere a la legitimación activa y pasiva o procedimiento, pero no a los plazos de las acciones. De esta forma, lo que se sostiene es que, frente a la ausencia en la propia Ley de Condiciones Generales de la Contratación de un plazo específico para el ejercicio de acciones individuales de nulidad o no incorporación —plazo que sí existe en las colectivas—, habremos de asumir el plazo residual de prescripción de acciones previsto en el Código civil, en su artículo 1964 de quince años, que obviamente no ha transcurrido».

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19) se pronuncia sobre si este periodo, ahora reducido a los cinco años según el artículo 1964.2 del Código civil, es conforme al Derecho de la Unión. Contempla en su fundamento 87 que «dado que plazos de prescripción de tres años (Sentencia de 15 de abril de 2010, Barth, C-542/08, EU: C:2010:193, apartado 28) o de dos años (Sentencia de 15 de diciembre de 2011, Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10, EU:C:2011:844, apartado 25) han sido considerados en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia conformes con el principio de efectividad, debe considerarse que un plazo de prescripción de cinco años aplicable a la acción dirigida a hacer valer los efectos reparatorios de la declaración de nulidad de una cláusula abusiva no parece, en principio y sin perjuicio de la apreciación por parte del órgano jurisdiccional remitente de los elementos mencionados en el anterior apartado 85, que pueda hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13».

Ahora bien, siendo del todo justos, es de reconocer que dicha coherencia entre los ordenamientos concurrentes y las finalidades expuestas pasa siempre por dirimir cuál es el instante más hábil para el inicio el cómputo del plazo de prescripción establecido.

2. DETERMINACIÓN DEL *DIES A QUO*

No resulta pacífico definir cuándo arranca el plazo de prescripción de la acción reparatoria; máxime si viene acumulada con el establecimiento de la nulidad de un préstamo por usura, o de ciertas cláusulas por abusivas o carentes de transparencia.

Para tratar de poner orden a esta cuestión debe partirse de lo dispuesto en el artículo 1964.2 del Código civil, cuando establece que se computará el plazo de cinco años «desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación». Opera en idéntico sentido el artículo 1969 del Código civil: «el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse».

El *quid* para delimitar, en el supuesto analizado, el régimen jurídico de la prescripción, a nuestro modo de ver se halla en el óptimo juicio concerniente al comienzo del cómputo de su plazo. El primer asunto, por tanto, será definir si se determina el *dies a quo* conforme a un canon objetivo, como lo es el simple nacimiento de la pretensión, despojado de cualquier otra medida; o si se opta por un criterio subjetivo, que tomaría en cuenta las circunstancias que afectan al actor. En nuestra hipótesis, la posibilidad de conocer los hechos que den lugar a la demanda.

Tradicionalmente, la interpretación del *dies a quo* se ha venido haciendo en clave objetiva, que se articula en torno a la doctrina de la *actio nata*. Con arreglo a su sentir, para que quepa el inicio del tiempo de la prescripción requiere que su acción oportuna exista. No basta con el derecho presente, sino que también es necesario que surja su cauce procesal para que prospere su defensa o ejercicio.

Frente a la tesis clásica que contempla el artículo 1969 del Código civil desde una vertiente objetiva, se constata en los últimos años una tendencia dogmática que la cuestiona. Entienden sus promotores que, para poder accionar, es preciso previamente advertir el discernimiento por parte del legitimado de la lesión de su derecho. Junto con la posibilidad objetiva del ejercicio de la acción, como indica RIVERO HERNÁNDEZ¹⁹, es necesaria que su potencia sea de presente y no solo hipotética o abstracta. Ello exige, de inicio, un conocimiento cierto o una cognoscibilidad razonable de su pretensión, ya que, si el consumidor no es consciente de la existencia de causa de nulidad, nada cabe hacer.

En síntesis, bien pensadas las cosas, sendas opciones se corresponden con el doble fundamento de la prescripción. La objetiva obedece al principio de seguridad jurídica que incorpora, mientras la de corte subjetivo más bien atiende sobre la posible conducta negligente del actor que precave. Desde una óptica de la certeza en las situaciones jurídicas opera la *actio nata*, el origen de la pretensión. En la perspectiva del recto proceder del posible demandante ha de añadirse también sus auténticas posibilidades de plantear el pleito, en la medida en que tuvo conocimiento efectivo del derecho que le asiste para ello.

MARÍN LÓPEZ, prestando atención a los cambios tanto teóricos como jurisprudenciales que se han producido en esta materia, considera que la posibilidad del ejercicio de la acción se debe concebir en vertiente subjetiva²⁰. Luego, para el inicio del cómputo de los cinco años, han de acumularse tres requisitos: (i) que conste la posibilidad jurídica de actuar su pretensión; es decir, que haya nacido y sea ejercitable; (ii) que tenga el acreedor visos reales y efectivos para el planteamiento de la demanda; esto es, que no medie una circunstancia de fuerza mayor que le impida reclamar; y (iii) que conozca el actor, o debiese haber conocido, según la diligencia debida, los hechos que fundamentan su demanda y la identidad del legitimado pasivo.

En suma, concluye que, para el inicio del plazo de prescripción, no basta con que hubiera nacido el derecho del consumidor, regla de *actio nata*, sino que también es necesario que conozca el protagonista ser titular del derecho reclamable. En nuestro caso, frente al prestamista, la devolución de cantidades satisfechas a consecuencia de una cláusula inválida. Es difícil saber en qué momento exacto un cliente cobra conocimiento (real o hipotético) de la nulidad de la cláusula, fenómeno que solo puede analizarse caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada prestatario.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha experimentado análoga evolución. Hasta recientemente fue doctrina reiterada que la prescripción abría su cómputo desde que pudo el derecho ser ejercitado, sin reparar en las con-

diciones del individuo, salvo que vinieran determinadas en la ley. Mas, a partir de la Sentencia 728/2012, de 11 de diciembre, se constata un claro giro en su argumentación jurídica, conducente a reconocer la pauta subjetiva del posible conocimiento del actor para el inicio del cómputo prescriptivo. Señala dicha resolución, aplicando el artículo 1969 del Código civil, que la regla del comienzo de su término «desde que pudieron ejercitarse» las acciones presenta una clara impronta práctica que debe valorarse jurídicamente para configurar su exacto designio. En concreto, considera en este contexto que «la proyección de la buena fe resulta decisiva para valorar el iter de fenómeno prescriptivo, desde la lesión del derecho subjetivo, como posible inicio del cómputo para el ejercicio de la acción, hasta la posibilidad de su ejercicio, conforme a unos criterios de ética social en las relaciones jurídicas y unos parámetros de diligencia básica y de razonable confianza en la apariencia creada. Desde esta perspectiva se comprende mejor que en los supuestos en los que interviene mala fe o el dolo de una de las partes de la relación jurídica, en clara conexión con el ilícito civil, por ejemplo, en el fraude de acreedores o en la doble venta orquestada, la posibilidad de ejercicio de la acción y, con ella, el cómputo para su ejercicio, no deba ser otro que el momento en que la víctima tuvo conocimiento de la lesión de su derecho o debió tenerlo por exigencia de una diligencia básica o por hechos claros e inequívocos al respecto. Conclusión que, en lo pertinente al alcance informador del principio de buena fe, resulta extrapolable también al ámbito de la indemnización civil derivada del ilícito penal».

Esta idea se ha repetido en otras sentencias estos últimos años. Nos atrevemos a inferir que permanece lo bastante asentada como para tener a la vista su efecto a la hora de operar ante los tribunales de justicia. Luego ha de repararse acerca del subjetivo conocimiento del perjudicado para el inicio del cómputo del periodo de prescripción de las oportunas acciones susceptibles de ser emprendidas.

Partiendo de tal premisa fáctica, la clave de la cuestión estriba en reconocer cuándo acontece dicho fenómeno. Supone discernir el momento en que ha sido el consumidor consciente, o debió serlo según el canon de la diligencia debida, sobre que los intereses suscritos en su contrato *revolving* incurrir en usura; o, en su caso, que la cláusula que los introduce no supera el doble control de transparencia. La solución no es pacífica, ni en la doctrina, ni en la jurisprudencia. Tal vez sirvan indicios externos de pública noticia generalizada que advernen una mínima conducta diligente acerca de su conocimiento. Se trata, en suma, de convencer al juzgador de la presencia de incontestables hechos publicitarios.

Algunos operadores han intentado defender el inicio del cómputo de la prescripción a partir del momento de formalizar el contrato. Siendo veraces, consideramos que la tesis tiene pocos visos de prosperar en la práctica forense, máxime tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19), en cuyos fundamentos 88 y siguientes *expressis verbis* declara:

«El órgano jurisdiccional remitente alberga también dudas, en esencia, acerca de si es compatible con el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica una jurisprudencia nacional con arreglo a la cual el plazo de prescripción de cinco años para el ejercicio de una acción dirigida a hacer valer efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva comienza a correr a partir de la celebración del contrato que contiene esta cláusula». «Del auto de remisión se desprende que ese plazo fijado en el artículo 1964, apartado 2 del Código civil, parece empezar a correr a partir de

la conclusión de un contrato de préstamo hipotecario que contiene una cláusula abusiva, extremo este cuya comprobación, no obstante, corresponde al órgano jurisdiccional remitente». «A este respecto procede tener en cuenta la circunstancia de que es posible que los consumidores ignoren que una cláusula incluida en un contrato de préstamo hipotecario sea abusiva o no perciban la amplitud de los derechos que les reconoce la Directiva 93/13 (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de septiembre de 2018, Profi Credit Polska, C-176/17, EU:C:2018:711, apartado 69)». «Pues bien, la aplicación de un plazo de prescripción de cinco años que comience a correr a partir de la celebración del contrato, en la medida en que tal aplicación implica que el consumidor solo pueda solicitar la restitución de los pagos realizados en ejecución de una cláusula contractual declarada abusiva durante los cinco primeros años siguientes a la firma del contrato —con independencia de si este tenía o podía razonablemente tener conocimiento del carácter abusivo de esta cláusula— puede hacer excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que la Directiva 93/13 confiere a este consumidor, y por tanto, vulnerar el principio de efectividad, en relación con el principio de seguridad jurídica». «Habida cuenta del conjunto de las anteriores consideraciones, debe responderse a la decimotercera cuestión prejudicial planteada en el asunto C-224/19 que el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7 apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que el ejercicio de la acción dirigida a hacer valer los efectos restitutorios de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual abusiva quede sometido a un plazo de prescripción, siempre que ni el momento en que ese plazo comienza a correr ni su duración hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio del derecho del consumidor a solicitar tal restitución».

En su remedio, admite otra posible disyuntiva el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el supuesto de las acciones restitutorias a causa de una declaración de nulidad. Cuando se produzca la invalidez del contrato por usura o por abuso de la cláusula en la que se fijan los intereses remuneratorios cabe argüir su *dies a quo* en la época en que comienzan a cobrarse, mientras se acredite advertencia por el cliente de su aplicación indebida. Entendemos que la idea es plausible, pues encaja con el criterio subjetivo del conocimiento. Con todo, persisten las dudas sobre que se admita por los tribunales de forma mayoritaria, pues podría contravenirse que, al momento en el que se giran los intereses, el consumidor acaso no albergue conciencia exacta del alcance usurario del préstamo y de las acciones que le permitirían hacerlo valer. Es factible, incluso, que no logre percibir en la información periódica que le ofrece la entidad lo elevado del tipo aplicable, porque a menudo comprobará en los extractos remitidos solo el interés correspondiente a ese periodo, pero no el acumulado anual. Tampoco será fácil defender que tenía, en dicha etapa, el cliente advertencia precisa del sistema *revolving* y de cómo atañe al pago de intereses, en aquellos supuestos en los que también se cuestiona su validez²¹.

Sin embargo, cuando lo que se plantea es la prescripción de la acción para reclamar las comisiones, asumir el *dies a quo* en el momento en el que se abonan tiene más visos de verosimilitud. En esta hipótesis, la existencia del desembolso, su alcance y el eventual carácter abusivo se percibe *ipso facto*, sin que sea preciso realizar ningún juicio de valor adicional, como para los intereses. Puede asimilarse hasta cierto punto su régimen al de los gastos y recoger la tesis propuesta por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Valencia en su Sentencia 62/2018, de 1 de febrero (seguida, entre otras, por la Sección 15 de la Audiencia Provincial

de Barcelona en su Sentencia 360/2020, de 18 de febrero). Consideran estas Audiencias que «si la acción de nulidad puede ejercitarse desde el día siguiente a la celebración del contrato, la acción de restitución puede ejercitarse a partir de que el consumidor efectuó prestaciones a favor del empresario en virtud de la cláusula abusiva y nula, esto es, a partir del momento en que realizó los pagos indebidos».

Otra opción valorable, utilizando una estrategia común a la que se planteó en materia de cláusulas suelo y gastos, sería la de fijar el inicio del cómputo del plazo en la fecha en que se dictó la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, el 25 de noviembre de 2015, que considera usurarios los tipos de interés de las tarjetas *revolving*. Este fallo fue objeto de una importante noticia en los medios de comunicación, luego el cliente pudo tener conciencia de la litigiosidad generada en este ámbito y conseguir certeza de que los intereses de su crédito *revolving* eran ilícitos²².

Según es lógico, al mantener esta postura estamos pensando en un sujeto solícito, razonablemente informado y perspicaz, según expusimos en apartados anteriores. Sin embargo, no comparten esta percepción muchos de nuestros juzgados y tribunales, en actitud sobreprotectora para los consumidores. Aventuramos que no faltarán quienes consideren inasumible que la generalidad de los ciudadanos conozca dichas resoluciones, aun cuando tengan tanta repercusión como las citadas, máxime para los posibles interesados.

La solución óptima pasaría por acreditar fehacientemente que fue conocedor el cliente del exceso de interés y de su posible carácter usurario (mediante correos electrónicos u otra clase de comunicación sostenida con la sucursal). Ahora bien, dado lo masivo de las reclamaciones y el hecho de que se suela carecer de los oportunos soportes obstaculiza que pueda contarse con esta suerte de prueba. En este sentido, hemos de apuntar que procesalmente la prescripción opera como excepción y que será quien alegue su concurrencia el que deba correr con la carga de acreditar que sabía el consumidor desde antes del asunto; es decir, la nulidad de la cláusula o que pudo haberla conocido de haber actuado con la diligencia exigible.

Hay una postura, muy generalizada, que no compartimos. Identifica el inicio del cómputo del *dies a quo* de la acción de reintegración con el instante del decreto de la nulidad. Se hace depender, por tanto, entre sí sendas acciones, de manera que, por esta vía, se convierten ambas en imprescriptibles. Sirva para ilustrar el problema la reciente Sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 27 de octubre de 2020. Según alega, «manteniendo la efectiva imprescriptibilidad de la acción individual de declaración de nulidad de las cláusulas abusivas, que el recurrente admite aunque también pone en duda, debe admitirse la posibilidad de que la acción de restitución derivada de la aplicación de una cláusula nula esté sometida a plazo de prescripción, que en nuestro derecho sería el plazo genérico de las obligaciones personales del artículo 1964 del Código civil —las acciones personales que no tengan plazo especial prescriben a los cinco años desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación (redacción actual)— ahora bien atendiendo a los principios de protección que establece la Directiva recogidos en la sentencia ya recogida, el día inicial del plazo prescriptivo, es decir, el momento en el que puede exigirse la obligación de restituir, no puede estimarse sino en el momento en que se declara la nulidad de la cláusula, que es, tanto el momento cuando subjetivamente se toma conciencia por el consumidor de la nulidad y sus efectos, como el momento cuando objetivamente aparece el derecho a reclamar lo indebidamente abonado en aplicación de la cláusula nula».

Esta cita pone de relieve la práctica distorsionadora que produce su criterio en quienes pretendan aducir la prescripción, porque alarga su plazo de manera inconveniente, dando al traste con el principio de certeza que la funda. En síntesis, implica tanto como defender imprescriptible su efecto restitutorio; idea que, como hemos indicado, debe descartarse. Sin perjuicio de que la reclamación de cantidad sea una consecuencia de la invalidez, entendemos que, tratándose de nulidad absoluta, la sentencia tiene simplemente carácter declarativo y no constitutivo, por lo que de ningún modo puede considerarse como *dies a quo* del cómputo de la prescripción de aquella.

En esta línea se pronuncia la Sentencia de la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo. A su tenor, «es cierto que la declaración de reclamación de cantidad, no es sino un efecto legal inherente e inescindiblemente unido a la declaración de nulidad (art. 1303 CC), pero precisamente porque se trata de una nulidad absoluta, la sentencia solo tiene alcance declarativo y no constitutivo por lo que no puede tomarse la fecha de su dictado como día de inicio del cómputo de la prescripción». Comparten esta doctrina las Sentencias de la Sección 9.^a de la Audiencia Provincial de Valencia 62/2018, de 1 de febrero, y de la Sección 15.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero, en las que «también se rechaza que el plazo deba computarse desde que la concreta cláusula incluida en el contrato que celebra el consumidor sea declarada nula; y ello porque, en primer lugar, tratándose de una nulidad absoluta o de pleno derecho, la de la cláusula, el ejercicio de la acción de nulidad no siempre sería necesario (p.ej., la entidad bancaria reconoce extraprocesalmente la nulidad pero no se aviene a restituir al consumidor todo o parte de lo pagado en virtud de esa cláusula); y en segundo lugar, porque de aceptarse esta tesis no solo la acción de nulidad sería imprescriptible sino que también lo sería la acción de restitución. Si lo que es nulo no produce ningún efecto y es nulo desde que el primer momento y para siempre, «de aquí a la eternidad», resultaría que la restitución podría ejercitarse hasta la eternidad y cinco años más, lo que resulta absurdo».

3. ESPECIAL SITUACIÓN DE LAS OPERACIONES CANCELADAS

Inicialmente se plantearon discrepancias en la jurisprudencia sobre la hipótesis de poder declarar nulas las cláusulas incorporadas a contratos cancelados. Una corriente, minoritaria, mantenía inviable advertir la invalidez de las estipulaciones en estos casos. Se basaban estas resoluciones en una cuestión de orden público²³ y en el hecho de que parece avalar dicha idea el artículo 83 TRLGDCU, pues alude solo a la declaración de nulidad de cláusulas contenidas en contratos vigentes, al incluir términos como que «seguirá [el contrato] siendo obligatorio para las partes», «siempre que pueda subsistir».

Por el contrario, la mayoría de las Audiencias desestimaron exceptuar la falta de acción esgrimida por las entidades financieras en el supuesto de operaciones caducas. Su argumentación jurídica se funda en considerar que los efectos de la invalidez, conforme a las reglas del Código civil, se producen *ex tunc*, o desde la formalización del contrato. De dicho modo, el desenlace del crédito no es óbice para omitir un pronunciamiento sobre su nulidad y las consecuencias económicas que se deriven, pues cuanto es nulo, no puede ser subsanado²⁴.

El pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dicha cuestión en su Sentencia 663/2019, de 12 de diciembre

de 2019. Considera que «no existe fundamento legal para afirmar que la consumación de un contrato impide el ejercicio de la acción de nulidad. Es más, el artículo 1301 del Código civil fija la consumación del contrato como término inicial del plazo para ejercitar la acción de nulidad por error, dolo o falsedad de la causa». «Otro tanto ocurre con la extinción del contrato. Si la acción ejercitada por los recurrentes hubiera ido dirigida exclusivamente a que se declarara la nulidad del contrato o de una cláusula, sin formularse una petición restitutoria, podría cuestionarse que exista un interés legítimo en obtener un pronunciamiento meramente declarativo en un contrato extinguido. Pero en el caso objeto de recurso, la finalidad de la demanda interpuesta por los hoy recurrentes fue obtener la restitución de lo indebidamente cobrado por la entidad financiera en la aplicación de la cláusula suelo. La solicitud en la demanda de un pronunciamiento judicial que declarara la nulidad de dicha cláusula ha de entenderse como un antecedente necesario para lograr el pronunciamiento de condena a la restitución de lo indebidamente cobrado en aplicación de la cláusula nula. Los prestatarios tienen un interés legítimo en obtener la restitución de lo que pagaron en aplicación de una cláusula que consideran nula de pleno derecho por ser abusiva».

A la vista de lo expuesto, se desprende que nada obsta para el ejercicio de la demanda de nulidad del contrato *revolving* o de cualquiera de sus cláusulas cuando el acuerdo esté consumado y extinto. Sin embargo, el éxito de tales reclamaciones dependerá de que subsista un interés legítimo en el actor. No tendrá cabida en aquellos supuestos en los que se inste la acción declarativa de nulidad sin acumular a ella la de reintegración, que incorpora y justifica en estos casos el interés vertido en el procedimiento.

4. PRESCRIPCIÓN Y RETRASO DESLEAL

El retraso desleal en el ejercicio de los derechos, o *Verwirkung*, figura de origen alemán, carece de regulación en el ordenamiento jurídico patrio, pero halla cobijo tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia. Su construcción dogmática contempla que la inactividad de la parte actora en el ejercicio de sus derechos constituye un comportamiento que induce razonablemente a la otra parte a la convicción de conformidad o, al menos, trasluce actitud permisiva con su postura y genera la confianza de que no se planteará una sobrevenida reclamación judicial. Aunque así sucediera, como esta fórmula constituye una excepción al principio general de que los derechos subsisten normalmente a través del tiempo que señala la ley, advertimos que ha de ser examinada y admitida con cautela. En nuestra opinión, debe imperar una interpretación estricta de su incidencia, pues su empleo indiscriminado y lábil podría producir una importante inseguridad jurídica.

El Tribunal Supremo ha venido declarando (cfr. STS. de 21 de mayo de 1982, 6 de junio de 1992, 13 de julio de 1995 y 4 de julio de 1997) que contraviene la buena fe quien ejercita su derecho de forma tan tardía —retraso desleal— que la otra parte pudo efectivamente inducir que desiste. Actitud que vulnera tanto la doctrina de los actos propios, como las normas éticas que deben informar el recto ejercicio del derecho. Estas pautas, lejos de carecer de trascendencia, determinan que dicha conducta en el caso concreto se torne inadmisibile, con la consiguiente posibilidad de impugnarla por antijurídica según el artículo 7.1 del Código civil.

Con todo, a su vez establece la jurisprudencia una serie de requisitos que imprimen al retraso el talante desleal. En síntesis, exige: (i) el transcurso de un periodo de tiempo significativo; (ii) la omisión injustificada en el planteamiento

de las acciones; (iii) la confianza legítima de la demandada en la carencia del ejercicio futuro del derecho; y (iv) el perjuicio derivado del emprendimiento deslealmente tardío del pleito. Es decir, el retraso desleal no solo repugna las exigencias de la buena fe asumida en abstracto y también en su plano procesal, sino que provoca lesión a la parte demandada. Por un lado, despoja de los medios de defensa que pudieran ser oportunos; y, de otro, incrementa su responsabilidad por la evitable acumulación de los intereses relativos a este período de latencia.

En nuestra opinión, para considerar deslealmente tardío el ejercicio de un derecho debería ser la pendencia menor al plazo de prescripción o caducidad de su acción, ya que de otra manera carece de sentido práctico. Mas no basta un periodo de tiempo perdido para reconocer la existencia de retraso desleal, porque, según alega el Tribunal Supremo en su Sentencia 240/2019, de 24 de abril, su simple reconocimiento daría pie a introducir por este cauce un término de prescripción distinto y más breve de cuanto designa el legislador. Luego «la regla es que el titular del derecho pueda ejercitarlo hasta el último momento hábil del plazo de prescripción, pues es el legislador quien debe valorar en qué plazo se puede ejercitar cada acción. No se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán».

En síntesis, para reconocer un retraso desleal, el transcurso de tiempo debe ir acompañado de una serie de requisitos que permitan calificarlo como intolerable para la parte contraria. Será, en último término, la concurrencia de tales eventos lo que provoque la conducta opuesta frente a la buena fe, por incurrir en un claro abuso de derecho. En suma, siguiendo con la cita de la Sentencia 240/2019, «para que el ejercicio de un derecho por su titular resulte inadmisibile es preciso que resulte intolerable conforme a los criterios de la buena fe (art. 7 CC) porque, en atención a las circunstancias, y por algún hecho del titular, se haya generado en el sujeto pasivo una confianza legítima de que el derecho ya no se ejercería, de modo que su ejercicio retrasado comporta para él algún tipo de perjuicio en su posición jurídica (Sentencias 352/2010, de 7 de junio, 299/2012, de 15 de junio, 163/2015, de 1 de abril y 148/2017, de 2 de marzo)».

Las coyunturas que a la postre darían pie a estimar el abuso de derecho deben analizarse *ad casum*. Si bien el tiempo de utilización pacífica del crédito es un dato indudablemente considerable, habrá que añadirse a otras actitudes sembradas en los clientes, que adveren su conformidad con el *status quo*. No cabe desconocer el obstáculo con el que se topa la defensa contra el posible abuso desleal cuando se parte de la posible calificación del crédito como usurario. Hipótesis que dificultará, sin duda, que se muestre favorable a su constancia el juzgador. Así parece deducirse de lo dispuesto por el Tribunal Supremo en su citada Sentencia de 24 de abril de 2019 cuando, como cierre a su argumentación, avanza que «finalmente, sería paradójico favorecer mediante la aplicación de una doctrina construida sobre la buena fe a la demandada cuyo comportamiento en el asunto litigioso fue calificado por el Servicio Jurídico de Reclamaciones del Banco de España como contrario a las buenas prácticas y usos bancarios».

III. CONCLUSIONES (PARTE II)

I. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 149/2020, de 4 de marzo, deja expedita la posible nulidad por falta de transparencia de la cláusula que regula

los intereses remuneratorios, al tratarse de un convenio que afecta sobre los elementos esenciales del contrato. Aun en la hipótesis de que las estipulaciones sometidas a examen venzan el filtro de incorporación y se considerasen perceptibles, comprensibles y concretas, cabe que no superen el doble control de transparencia.

II. La declaración de nulidad de una cláusula supone que se tenga por no puesta, subsistiendo el resto del contrato, siempre que pueda prosperar sin su concurso, como sucedería en el caso de las comisiones. No acontece así cuando se declara la invalidez sobre los intereses remuneratorios, que arrastra por su entidad al conjunto íntegro del convenio, pues el negocio no se habría concertado sin la estipulación vacía. Parece más lógico promover la facultad moderadora de los tribunales, reduciendo los intereses excesivos a los tipos medios publicados, que infligir a las entidades el severo castigo de considerarlos extintos. La integración del contrato debe realizarse respetando en todo caso la reciprocidad, y precaviendo caer en políticas sobreprotectoras de una de las partes que generen claros desequilibrios.

III. El plazo de prescripción de las acciones restitutorias es el establecido en el artículo 1964.2 del Código civil que, tras la reforma operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, queda circunscrita en cinco años para el ordenamiento común. La jurisprudencia comunitaria considera dicho término conforme con el Derecho de la Unión, ya que no imposibilita ni dificulta en exceso el ejercicio de los derechos conferidos por la Directiva 93/13.

IV. No resulta pacífico discernir cuándo debe comenzar el cómputo del plazo de prescripción de las acciones restitutorias. La doctrina y la jurisprudencia han evolucionado en la exégesis del artículo 1969 del Código civil para recoger un criterio subjetivo. Sería necesario tener presentes las circunstancias que afectan al posible actor, de manera que se constate su consciencia efectiva de los hechos que fundan su pretensión. Es poco factible acoger la idea del inicio del cómputo del periodo a partir de la formalización del contrato. El Tribunal de Justicia considera posible la ignorancia por el consumidor en dicho instante sobre que resulte abusiva la cláusula cuestionada.

V. El inicio del cómputo del plazo cuando comienzan a imputarse los intereses y el consumidor conoce su aplicación se liga con el enfoque subjetivo. Con todo, aunque pueda el cliente por entonces advertirlos como elevados, todavía cabe que no perciba su carácter usurario, ni la concreta dinámica del sistema *revolving*. Otra opción, que se planteó en materia de cláusula suelo y de gastos, sería establecer el *dies a quo* a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo 628/2015, de 25 de noviembre, que dictamina usurarios los tipos de interés de las tarjetas *revolving*. Habida cuenta de su importante noticia pública, el consumidor medio y diligente pudo tomar conciencia de la litigiosidad propia del asunto y de sus repercusiones. No es oportuno asumir el inicio del cómputo del plazo desde la declaración de la nulidad. Equivale a mantener la naturaleza imprescriptible del reintegro. La sentencia de nulidad tiene carácter declarativo, luego no puede admitirse como fecha de inicio del cómputo de la prescripción de sus debidas restituciones.

VI. Nada obsta para el ejercicio de la acción de nulidad del préstamo *revolving* o de cualquiera de sus cláusulas cuando el convenio esté consumado y extinguido, mientras subsista un interés legítimo en el actor. El Tribunal Supremo reconoce que las acciones pueden instarse hasta el último momento hábil de prescripción. El retraso desleal exige la concurrencia de una serie de circunstancias que permitan calificarlo como intolerable para la parte contraria. Es conducta

opuesta frente a la buena fe sustantiva y procesal, al incurrir en un claro abuso de derecho. Induce motivos justificados de confianza en el mantenimiento de la omisión, sin sorpresivas acciones o antijurídicos cambios sobrevenidos.

IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

- STJUE de 17 de marzo de 1983 (De Kikvorsch, C-94/82)
- STJUE de 7 de marzo de 1990 (GB-INNO- BM, C-362/88)
- STJUE de 13 de diciembre de 1990 (Pall, C-238/89)
- STJUE de 16 de enero de 1992 (X, C-373/90)
- STJUE de 25 de febrero de 1992 (Gutshof-Ei, C-203/90)
- STJUE de 18 de mayo de 1993 (Yves Rocher, C-126/91)
- STJUE de 2 de febrero de 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb, C-315/92)
- STJUE de 29 de junio de 1995 (Langguth, C-456/93)
- STJUE de 6 de julio de 1995 (Mars, C-470/93)
- STJUE de 26 de noviembre de 1996 (Graffione, C-313/94)
- STJUE de 16 de julio de 1998 (Gut Springenheide, C-210/96)
- STJUE de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro, C-168/05)
- STJUE de 15 de abril de 2010 (Barth, C-542/08)
- STJUE de 15 de diciembre de 2011 (Banca Antoniana Popolare Veneta, C-427/10)
- STJUE de 15 de marzo de 2012 (Pereničová y Perenič, C-453/10)
- STJUE de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10)
- STJUE de 13 de marzo de 2013 (Caso Aziz, C-415/11)
- STJUE de 16 de enero de 2014 (Constructora Principado, C-226/12)
- STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Gutiérrez Naranjo, CC-154, 307 y 308/15)
- STJUE de 13 de septiembre de 2018 (Profi Credit Polska, C-176/17)
- STJUE de 3 de marzo de 2020 (Gómez del Moral Guasch/Bankia S.A, C-125/18)
- STJUE de 16 de julio de 2020 (CY, C-224/19 y LG, C-259/19)

SALA 1.^a DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 21 de octubre de 1911
- STS de 8 de febrero de 1912
- STS de 26 de octubre de 1912
- STS de 4 de enero de 1913
- STS de 22 de noviembre de 1913
- STS de 27 de enero de 1914
- STS de 30 de enero de 1917
- STS de 13 de enero de 1919
- STS de 10 de julio de 1919
- STS de 1 de julio de 1922
- STS de 13 de febrero de 1924
- STS de 29 de octubre 1924
- STS de 29 de octubre de 1926

- STS de 7 de julio de 1927
- STS de 2 de enero de 1928
- STS de 10 de febrero de 1928
- STS de 4 de mayo de 1928
- STS de 10 de diciembre de 1928
- STS de 13 de octubre de 1934
- STS de 26 de mayo de 1936
- STS de 6 de febrero de 1940
- STS de 10 de junio de 1940
- STS de 13 de febrero de 1941
- STS de 9 de abril de 1941
- STS de 24 de abril de 1941
- STS de 18 de junio de 1941
- STS de 6 de julio de 1941
- STS de 24 de marzo de 1942
- STS de 13 de julio de 1942
- STS de 29 de diciembre de 1942
- STS de 12 de julio de 1943
- STS de 31 de marzo de 1944
- STS de 17 de diciembre de 1945
- STS de 9 de abril de 1947
- STS de 7 de febrero de 1948
- STS de 19 de octubre de 1948
- STS de 10 de junio de 1952
- STS de 23 de diciembre de 1954
- STS de 3 de mayo de 1955
- STS de 5 de noviembre de 1955
- STS de 4 de julio de 1956
- STS de 30 de enero de 1957
- STS de 1 de febrero de 1957
- STS de 23 de febrero de 1957
- STS de 4 de junio de 1957
- STS de 30 de octubre de 1957
- STS de 12 de marzo de 1958
- STS de 23 de septiembre de 1958
- STS de 13 de diciembre de 1958
- STS de 7 de marzo de 1959
- STS de 26 de junio de 1959
- STS de 6 de marzo de 1961
- STS de 25 de mayo de 1963
- STS de 18 de junio de 1963
- STS de 27 de febrero de 1964
- STS de 26 de mayo de 1964
- STS de 26 de octubre de 1965
- STS de 15 de diciembre de 1965
- STS de 18 de octubre de 1968
- STS de 29 de diciembre de 1971
- STS de 3 de mayo de 1976
- STS de 28 de enero de 1977
- STS de 4 de mayo de 1977
- STS de 21 de marzo de 1980

- STS de 16 de marzo de 1981
- STS de 8 de octubre de 1981
- STS de 21 de mayo de 1982
- STS de 25 de enero de 1984
- STS de 30 de enero de 1984
- STS de 24 de noviembre de 1984
- STS de 29 de noviembre de 1984
- STS de 17 de diciembre de 1984
- STS de 7 de marzo de 1986
- STS de 20 de junio de 1986
- STS de 30 de diciembre de 1987
- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 7 de marzo de 1988
- STS de 24 de mayo de 1988
- STS de 25 de abril de 1989
- STS de 9 de enero de 1990
- STS de 7 de noviembre de 1990
- STS de 18 de febrero de 1991
- STS de 4 de abril de 1991
- STS de 24 de abril de 1991
- STS de 13 de mayo de 1991
- STS de 8 de noviembre de 1991
- STS de 7 de febrero de 1992
- STS de 24 de febrero de 1992
- STS de 6 de junio de 1992
- STS de 28 de septiembre de 1992
- STS de 29 de septiembre de 1992
- STS de 6 de noviembre de 1992
- STS de 29 de noviembre de 1992
- STS de 10 de diciembre de 1992
- STS de 8 de junio de 1993
- STS de 10 de junio de 1993
- STS de 5 de julio de 1993
- STS de 18 de enero de 1994
- STS de 8 de noviembre de 1994
- STS de 20 de febrero de 1995
- STS de 25 de mayo de 1995
- STS de 13 de julio de 1995
- STS de 17 de octubre de 1995
- STS de 23 de julio de 1996
- STS de 28 de noviembre de 1996
- STS de 18 de febrero de 1997
- STS de 31 de marzo de 1997
- STS de 4 de julio de 1997
- STS de 5 de julio de 1997
- STS de 20 de febrero de 1998
- STS de 27 de abril de 1998
- STS de 18 diciembre de 1998
- STS de 21 de diciembre de 1998
- STS de 27 de marzo de 1999
- STS de 15 de junio de 1999

- STS de 31 de diciembre de 1999
- STS 24/2000, de 21 de enero
- STS 467/2000, de 10 de mayo
- STS 1100/2000, de 30 de noviembre
- STS 80/2002, de 1 de febrero
- STS 230/2002, de 14 de marzo
- STS 682/2002, de 2 de julio
- STS 750/2002, de 13 de julio
- STS 32/2003, de 21 de enero
- STS 69/2003, de 6 de febrero
- STS 1012/2003, de 5 de noviembre
- STS 1152/2003, de 27 de noviembre
- STS 1097/2004, de 11 de noviembre
- STS 684/2005, de 29 de septiembre
- STS 739/2005, de 18 de octubre
- STS 934/2005, de 22 de noviembre
- STS 202/2007, de 22 de febrero
- STS 526/2008, de 5 de junio
- STS 311/2009, de 6 de mayo
- STS 340/2010, de 24 de mayo
- STS 352/2010, de 7 de junio
- STS 299/2012, de 15 de junio
- STS 406/2012, de 18 de junio
- STS 728/2012, de 11 de diciembre
- STS 12/2013, de 21 de enero
- STS 141/2013, de 1 de marzo
- STS 178/2013, de 25 de marzo
- STS 265/2013, de 24 de abril
- STS 249/2013, de 25 de abril
- STS 163/2015, de 1 de abril
- STS 654/2015, de 19 de noviembre
- STS 628/2015, de 25 de noviembre
- STS 705/2015, de 23 de diciembre
- STS 606/2016, de 6 de octubre
- STS 140/2017, de 2 de marzo
- STS 234/2017, de 6 de abril
- STS 669/2017, de 14 de diciembre
- STS 240/2019, de 24 de abril
- STS 463/2019, de 11 de septiembre
- STS 663/2019, de 12 de diciembre
- STS 149/2020, de 4 de marzo
- STS 595/2020, de 12 de noviembre

AUDIENCIA NACIONAL

- SAN (Sala de lo Penal) 13/2020, de 29 de septiembre

AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Jaén 71/2015, de 17 de febrero

- SAP de Valencia 252/2015, de 15 de julio
- SAP de Murcia 138/2016, de 25 de febrero
- SAP de Madrid 75/2016, de 29 de febrero
- SAP de Jaén 153/2016, de 7 de marzo
- SAP de Valencia 578/2016, de 27 de abril
- SAP de Valencia 617/2016, de 4 de mayo
- SAP de La Rioja 131/2016, de 16 de julio
- SAP de Álava 266/2016, de 1 de septiembre
- SAP de Huelva 537/2016, de 21 de noviembre
- SAP de Ourense 61/2017, de 21 de febrero
- SAP de Ávila 50/2017, de 3 de marzo
- SAP de Zamora 101/2017, de 30 de marzo
- SAP de Madrid 139/2017, de 31 de marzo
- SAP de Badajoz 115/2017, de 6 de abril
- SAP de Badajoz 186/2017, de 25 de mayo
- SAP de Cáceres 14/2018, de 12 de enero
- SAP de Valencia 62/2018, de 1 de febrero
- SAP de Palma de Mallorca 218/2018, de 15 de mayo
- SAP de Barcelona 549/2018, de 25 de julio
- SAP de Barcelona 560/2018, de 10 de septiembre
- SAP de Lugo 283/2019, de 2 de mayo
- SAP de Barcelona 360/2020, de 18 de febrero
- SAP de Barcelona 1828/2020, de 10 de septiembre
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 de octubre de 2020

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 20 de julio de 2012 (núm. 12.353)
- RDGRN de 20 de septiembre de 2012 (núm. 13.246)

V. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2009). Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de obligaciones y contratos. Comisión General de Codificación, Sección de Derecho Civil. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*.
- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999). *Las condiciones generales de la contratación*. Madrid: Civitas.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2004). *Invalidez e ineficacia en el Derecho contractual del consumo español. Análisis de los supuestos típicos de ineficacia en los contratos con consumidores*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CANIZARES LASO, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, vol. 3, núm. 4 (octubre-diciembre), 103-123.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993). La sanción de las irregularidades de las condiciones generales en Derecho español. En AA.VV. *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al Profesor Doctor José Luis Lacruz Berdejo*, II. Barcelona: Bosch, 1187-1198.
- (2007). Notas para una revisión general de la denominada ineficacia del contrato. En J. Delgado Echevarría (coord.). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi, 495-505.

- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997). El Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación. Régimen (añadido) de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y significativa modificación de la Ley Hipotecaria. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 32, 2831-2875.
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1991). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- (1953). La simulación y el requisito de la donación de cosa inmueble. *Anuario de Derecho Civil*, 1953-II, 1003-1016.
- DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A. (2007). *Las nulidades de los contratos: un sistema en evolución* (coord. Jesús Delgado Echevarría). Thomson Reuters-Aranzadi.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I. Madrid: Civitas.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994). Consideraciones introductorias sobre la Directiva Comunitaria para regular las cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores y la contratación privada. En A. Polo Díez (dir.). *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil en Homenaje a Evelio Verdura*, I. Madrid: Wolters Kluwer, 651-674.
- DURÁN RIVACOB, R. (2008). Valor jurídico de las condiciones generales en la contratación. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 706, 655-724.
- (1998). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisorio*. Barcelona: Bosch.
- EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994). La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español. *Revista de Derecho Mercantil*, 461-504.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J.M. (2020). La prescripción de la acción de reclamación de cantidad vinculada a la nulidad de una condición general de la contratación. Tensiones entre el Derecho interno y el Derecho Comunitario. *Diario la Ley*, núm. 9677.
- MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017). La prescripción de acción de nulidad de la cláusula de gastos y de la acción de restitución de los gastos abonados. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 22, 86-99.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000). Las condiciones generales de la contratación y las cláusulas predispuestas en contratos con consumidores. En C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.). *Curso de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*. Madrid: Colex (pp. 422-434).
- MUÑIZ CASANOVA, N. (2020). *La cláusula suelo en el préstamo*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- ORDUÑA MORENO, J. (2020). La STS 149/2020, de 4 de marzo: una desafortunada sentencia con más sombras que luces. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4.
- ORDUÑA MORENO, J. y SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La Sentencia de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo 4 de marzo de 2020 sobre la tarjeta revolving: una imprescindible vuelta a la racionalidad jurídica. *Revista Jurídica sobre Consumidores y Usuarios* (número especial: Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 4 de marzo de 2020 sobre la usura en los créditos revolving), abril de 2020, 6-13.
- PAGADOR LÓPEZ, J. (1999). *Condiciones generales y cláusulas contractuales pre-dispuestas: la Ley de condiciones generales de la contratación de 1998*. Madrid: Marcial Pons.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2019). *La nulidad contractual en la jurisprudencia (Especial referencia a los contratos de préstamo e inversión)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- (2003). Los elementos esenciales del contrato y el control de las condiciones generales. *Aranzadi Civil*, núm. 3, 2171-2183.
- REGLERO CAMPOS, F. (2000). Comentario al artículo 19. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.). *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*. Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 555-568.
- RIBÓN SEISDEDOS, E. (2017). *Cláusula suelo y reclamación de gastos hipotecarios. Acciones para su eliminación y devolución de cantidades indebidamente percibidas*. Madrid: Sepin.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002). *La suspensión de la prescripción extintiva en el Código civil Español. Estudio crítico de la legalidad vigente*. Madrid: Dykinson.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2017). Gastos de documentación, inscripción y gestión de hipoteca y obligaciones tributarias. *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6, 87-96.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998). El ámbito de aplicación de las normas sobre condiciones generales de la contratación y cláusulas contractuales no negociadas individualmente (a propósito de un Anteproyecto y Proyecto de Ley). *Derecho Notarial*, núm. 86, 1-16.
- RUIZ MUÑOZ, M. (1993). *La nulidad parcial del contrato y la defensa de los consumidores*. Valladolid: Lex Nova.
- SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020). La acción de restitución de los intereses remuneratorios si se declara usurario un crédito revolving está sujeta al plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. *Diario La Ley*, núm. 9713.

NOTAS

¹ Cfr. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 138); DUQUE DOMÍNGUEZ, J. (1994, 658); EMPARANZA SOBEJANO, A. (1994, 473); PAGADOR LÓPEZ, J. (1999, 227 y sigs.); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. (2000, 392); y RODRÍGUEZ ARTIGAS, F. (1998, 8). En un tono de duda sobre la cuestión, cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997, 2849).

² A juicio de PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2003, 1 y sigs.), ello se debe a que la Ley española de condiciones generales incurrió en el fallo de «la no transposición expresa de la importantísima previsión contenida en el artículo 4.2 de la Directiva CEE 1993/13 sobre cláusulas abusivas, relativa al control de las cláusulas referentes a los elementos esenciales del contrato, según la cual «la apreciación del carácter abusivo de una cláusula no se referirá ni a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible». Esta previsión había sido recogida en el Proyecto de 1997 —concretamente en un párrafo quinto del artículo 10 bis de la LGDCU— pero fue torpemente suprimida del texto definitivo de la Ley en su tramitación parlamentaria». Nos parece su crítica discutible, ya que mezcla los diferentes mecanismos de control sobre condiciones generales y cláusulas abusivas. Si por esencia perteneciese a esta última categoría, ineludiblemente puede fiscalizarse, pero solo en el ámbito de la defensa de los consumidores.

³ En este sentido, prosigue, «la expresión de la TAE es requisito imprescindible, aunque no suficiente por sí solo, para que la cláusula que establece el interés remuneratorio pueda ser considerada transparente».

⁴ Cfr. DURÁN RIVACOBIA, R. (2008, 699 y sigs.); ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 336); DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. (1997, 2849); y CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993, 1193). RUIZ MUÑOZ, M. (1993, 297) justifica la nulidad parcial en discutibles presupuestos técnicos, del estilo de la divisibilidad del contrato y ausencia de culpa en el actor.

⁵ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H. (1993, 1190 y sigs.) justifica la nulidad total en la causa falsa, que siempre traerá consigo indemnización de daños y perjuicios al adherente que sufra

la circunstancia sin su culpa. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (1999, 453) prefiere la rescisión como fórmula correctora para un contrato, cuya esencia decae así.

⁶ Así, eran matizables las antiguas expresiones del artículo 83, párrafo *in fine*, TRLGDCU, a cuyo tenor «solo cuando las cláusulas subsistentes determinen una situación no equitativa en la posición de las partes que no pueda ser subsanada podrá declarar la ineficacia del contrato». Por eso fueron eliminadas en su reforma por Ley 3/2014, de 27 de marzo.

⁷ Dispone su fundamento 71 que «las cláusulas contractuales incluidas en el concepto de objeto principal del contrato deben entenderse como las que regulan las prestaciones esenciales de ese contrato y que, como tales, lo caracterizan. En cambio, las cláusulas de carácter accesorio respecto de las que definen la esencia misma de la relación contractual no están incluidas en dicho concepto. El hecho de que una comisión de apertura esté incluida en el coste total de un préstamo hipotecario no implica que sea una prestación esencial de este».

⁸ Con carácter previo, el artículo 3.1.2 de la Orden de 12 de diciembre de 1989, *sobre tipos de interés y comisiones, normas de actuación, información a clientes y publicidad de las entidades de crédito* disponía que «solo podrán percibirse comisiones o repercutirse gastos por servicios solicitados en firme o aceptados expresamente por un cliente y siempre que respondan a servicios efectivamente prestados o gastos habidos».

⁹ Sobre dicha cuestión se pronunció el Tribunal Supremo en su Sentencia 684/2005, de 29 de septiembre, cuando concluye que «la actuación de la Caja de Ahorros demandada, con indicación al pacto de las comisiones, fue ajustada a la Orden de 12 de diciembre de 1989, la cual, en su artículo quinto dispone que las comisiones por operaciones o servicios prestados por las entidades de crédito serán las que estas fijen libremente previo registro en el Banco de España de las correspondientes tarifas, sin distinción alguna según la naturaleza de la entidad de crédito, sea banco o caja de ahorros», «e igualmente cumplió la norma tercera apartado 1 de la Circular 8/1990 del Banco de España, donde se precisa que todas las entidades de crédito establecerán libremente sus tarifas de comisiones, condiciones y gastos repercutibles o iniciados en España, sin otras limitaciones que las contenidas en la orden y en la presente circular». «En efecto, la entidad recurrida ha acreditado que la comisión estaba debidamente autorizada en su concepto e importe, según resulta del epígrafe 8.º de la Tarifa de Comisiones, condiciones y gastos repercutibles, sometidas al Banco de España y su comunicación a este, así como la recepción del mismo sin objeción alguna, mediante la copia del citado epígrafe acompañada al escrito de contestación a la demanda; y del contenido del propio contrato (cláusula 17) se desprende que la tarifa, comisiones, condiciones y gastos repercutibles a clientes, así como una copia de este contrato debidamente sellada y firmada por la Caja fueron entregados a AUSBANC, y no aparece en autos ninguna prueba de que la recurrente hiciera objeción alguna sobre este particular».

¹⁰ Como la exposición de motivos de la Ley 44/2006, de 30 de diciembre, *de mejora de la protección de consumidores y usuarios* alegaba, «esta Ley pretende incrementar la protección del consumidor en diferentes ámbitos, en los que la experiencia ha puesto de manifiesto la existencia de diversos déficits de protección»; «estas reglas se completan con dos previsiones. De un lado, la integración del contrato conforme a la buena fe objetiva, según las reglas de interpretación e integración del Código civil y las exigencias de la leal competencia. Se refuerza así la posición contractual del consumidor y se establece con claridad en la norma la interpretación que del artículo 1258 del Código civil mantengan la doctrina y jurisprudencia más avanzada».

¹¹ La Ley 5/2019, de 15 de marzo, *reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, introduce un nuevo segundo párrafo: «Las condiciones incorporadas de modo no transparente en los contratos en perjuicio de los consumidores serán nulas de pleno derecho». En tal sentido, las modernas Sentencias del Tribunal Supremo del pleno de la Sala Primera 595, 596, 597 y 598/2020, de 12 de noviembre, advierten que «en cuanto a las consecuencias de la falta de transparencia, hemos dicho en diversas resoluciones que es posible que una condición general inserta en un contrato celebrado con un consumidor, pese a no ser transparente, no sea abusiva, pues la falta de transparencia no supone necesariamente que las condiciones generales sean desequilibradas».

¹² Nos referimos, en concreto, a la Sentencia del propio Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012 (Banco Español de Crédito, C-618/10) cuando declaró: «el artículo 6, apartado

1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa de un Estado miembro, como el artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que atribuye al juez nacional, cuando este declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva».

¹³ Sobre la cuestión por extenso, cfr. MUÑIZ CASANOVA, N. (2020, 391 y sigs.).

¹⁴ Cfr. Disposición final duodécima, «Entrada en vigor», número 1: «La presente Ley entrará en vigor el día siguiente de su publicación en el “Boletín Oficial de Estado”», que vio la luz el 6 de octubre de 2015.

¹⁵ En el cómputo de dichos plazos ha de considerarse la suspensión operada como consecuencia del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la crisis sanitaria ocasionada por el Covid., Su disposición adicional cuarta estableció que «los plazos de prescripción y caducidad de cualesquiera acciones y derechos quedarán suspendidos durante el plazo de vigencia del estado de alarma y, en su caso, de las prórrogas que se adoptaren». Esta excepcional tesitura concluiría el 4 de junio de 2020, tal y como declara el artículo 10 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma. En la práctica la suspensión supone añadir 82 días al plazo inicialmente aplicable.

¹⁶ Cfr. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (1993, 451).

¹⁷ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 8).

¹⁸ Más específicamente sobre la materia que aquí se trata, cfr. SÁNCHEZ GARCÍA, J. (2020, 1 y sigs.) y FERNÁNDEZ SEJO, J.M. (2020, 1 y sigs.).

¹⁹ Cfr. RIVERO HERNÁNDEZ, F. (2002, 122 y sigs.).

²⁰ Cfr. MARÍN LÓPEZ, M.J. (2017, 8 y sigs.).

²¹ Un argumento semejante, aun cuando la cláusula impugnada era la que regula los gastos del préstamo, es el utilizado por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia 283/2019, de 2 de mayo. «Para ello ha de partirse de la idea de que una acción sometida a plazo solo puede iniciar el cómputo prescriptivo desde que puede ejercitarse. Por ello, no compartimos la tesis de aquellas sentencias que fijan tal hito temporal cuando se abonaron los gastos, pues en aquel momento (cuando hablamos de hipotecas antiguas) no conocía el consumidor la abusividad de la cláusula, su nulidad, ni las acciones que de ello derivan. Tal solución interpretativa deja al consumidor en una situación de indefensión constriéndole a una victoria pírrica en la que obtiene una declaración de nulidad estéril o inocua, pues no va más allá de ese efecto mero declarativo sin contenido económico».

²² Este criterio es seguido, aunque difiera en las fechas, entre otras, por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Lugo en su Sentencia 283/2019, de 2 de mayo, sobre la nulidad de una cláusula de gastos, pero con argumentos del todo extrapolables a la materia de nuestro análisis. Establece que «una opción es fijar, entonces, el día de inicio del plazo en la fecha de la Sentencia de 23 de diciembre de 2015, que fue el momento de la declaración inicial de nulidad en el seno de una acción colectiva. Sin embargo, tal sentencia no marcó con la debida concreción los efectos de la nulidad que fue algo que no se produjo por nuestro Tribunal Supremo sino hasta la Sentencia de 23 de enero de 2019 en la que ya el Tribunal Supremo sienta en plenitud doctrina jurisprudencial sobre la cláusula de gastos y los efectos derivados de la misma». «Por todo ello, esta Sala partiendo de que la acción de nulidad es imprescriptible sienta el criterio de que: a) La acción de restitución derivada de los efectos de la nulidad está sometido al plazo de prescripción genérico de 5 años. b) El inicio del cómputo en estos supuestos de gastos hipotecarios se sitúa en el 23 de enero de 2019».

²³ Propugna esta pauta, entre otras, la Audiencia Provincial de Badajoz, Sección 2.ª, en su Sentencia 186/2017, de 25 de mayo: «el contrato ya agotó su finalidad económica y jurídica. De este modo se ha pronunciado esta Sala en su rollo de apelación núm. 123/2017, Sentencia de 6 de abril de 2017, y así lo imponen los principios de seguridad jurídica y de orden público económico, ambos inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico, que se verían ciertamente conculcados en caso de acceder a la declaración de nulidad de cláusulas que con el conjunto de cualquier contrato suscrito han desplegado ya toda la eficacia hasta el punto

de que la relación negocial entre las partes contratantes se encuentra plenamente extinguida y consumada. Aparte del quebrantamiento económico que aparejaría si se permitiera, se generaría una inseguridad jurídica mayúscula en cualquier relación que, aunque finalizada por cumplimiento ordinario o a través del procedimiento pertinente, pudiera no obstante ser revisada». También coincide la Sentencia de la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Jaén 71/2015, de 17 de febrero, cuando defiende que valorar la posible invalidez de la cláusula en un contrato cancelado vulneraría los principios de seguridad jurídica y orden público económico, aducidos por el Tribunal Supremo en otros supuestos de cláusulas abusivas. Advierte que, mantener lo contrario, «supondría nada menos que abrir la puerta y permitir la revisión, por lo que aquí interesa, de cualquier préstamo o crédito hipotecario o de otro tipo, independientemente de que el mismo hubiese sido cancelado y el tiempo en que lo hubiera sido, bien sea por cumplimiento cabal de lo pactado entre las partes y agotada la relación contractual o por su incumplimiento como es el caso, máxime en supuestos como el presente en el que como hemos expuesto, pese a haber tenido cumplido conocimiento de la declaración de vencimiento anticipado y posterior inicio del procedimiento de ejecución por haber sido notificado el mismo y requeridos de pago, notificada la fecha de la subasta para su posible participación y finalmente la adjudicación por parte de la acreedora, concediendo la posibilidad de mejorar la postura, es ya una vez totalmente finalizado el procedimiento, no solo cerrada el acta notarial y consumados todos los efectos del contrato, sino incluso otorgada la correspondiente escritura pública para su inscripción en el Registro».

²⁴ Sigue su estela, entre otras, la Sentencia 14/2018 de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 12 de enero de 2018. Mantiene que «para resolver la cuestión planteada, netamente jurídica, debemos comenzar por traer a colación la STS de 19 de noviembre de 2015, según la cual, la nulidad se define como una ineficacia que es estructural, radical y automática. Estructural porque deriva de una irregularidad en la formación del contrato; y radical y automática, porque se produce «ipso iure» y sin necesidad de que sea ejercitada ninguna acción por parte de los interesados, sin perjuicio de que por razones de orden práctico pueda pretenderse un pronunciamiento de los tribunales al respecto. Además es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo, declarando que cuando se trata de nulidad absoluta, la acción ni caduca, ni prescribe, entre otras STS de 25 de abril de 2013, aunque en este caso, no se ha invocado la prescripción, que solamente puede apreciarse a instancia de parte». «Por tanto, procede partir del hecho cierto, de que la acción declarativa de nulidad de una cláusula abusiva es imprescriptible, de modo que el interesado podrá ejercitar dicha acción cuando lo tenga por conveniente. Siendo ello así, debemos convenir que, con independencia de que el contrato haya sido objeto de cancelación por su amortización o por cualquier otra circunstancia, nada impide que se pueda instar la nulidad de la cláusula suelo que en él se contiene».

2. DERECHO MERCANTIL

De nuevo sobre el deber de infracción de lealtad y el ámbito de representación de los administradores

Again on the infringement of the duty of loyalty and the scope of the representations of the directors

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

*Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho civil y abogado*

RESUMEN: La infracción del deber de lealtad de la Ley de Sociedades de Capital puede tener consecuencias procesales que necesariamente han de tenerse en cuenta en función de la postura que se adopte.

ABSTRACT: *The infringement of the duty of loyalty may have procedural consequences that must necessarily be taken into account depending of the position adopted.*

PALABRAS CLAVE: Acción de anulación. Consecuencias procesales.

KEY WORDS: *Action for annulment. Procedural consequences.*

SUMARIO: I. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL.—II. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES ANUDADAS A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD.—III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. DE NUEVO SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE ANULACIÓN DEL ARTÍCULO 232 DE LA LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL

En un trabajo anterior¹ ya nos ocupamos del debate sobre la naturaleza jurídica de la acción de *anulación* del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital por infracción del deber de lealtad, haciéndonos eco de la opinión doctrinal mayoritaria que estima que nos encontramos ante una acción de nulidad por vulneración de norma imperativa *ex* artículo 6.3 del Código civil. También

pusimos de manifiesto la opinión de otros autores que se decantaban por la anulabilidad e incluso el criterio de la DGRN (Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, *BOE* núm. 230 de 23 de septiembre de 2016), que venía a sostener el conflicto de intereses no supone, en realidad, un supuesto de actuación sin autorización, en el sentido del artículo 1259 del Código civil, que prevé que nadie puede contratar a nombre de otro sin estar por este autorizado, porque en este caso, la legitimación para actuar se deriva de ser administrador de la sociedad y como es sabido el poder de representación de los administradores se extiende a todo el objeto social, siendo ineficaz frente a terceros toda limitación de los poderes de los administradores, quedando incluso la sociedad obligada frente a terceros de buena fe y sin culpa grave cuando dichos actos exceden del objeto social (véase artículo 10 de la Directiva 2009/101/CE del parlamento y el Consejo de 16 de septiembre de 2009).

Con crítica a las anteriores posturas, sostuvimos que en realidad dicho conflicto de intereses infringido había que ubicarlo dentro de la ausencia de poder y por tanto en la categoría del contrato inexistente, *ex* artículo 1259 del Código civil.

En apoyo de nuestra postura, acudíamos a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997. —Coöperatieve Rabobank «Vecht 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»².

Pues bien, 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 configurarse 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».

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 de 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 art. 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), [...]”».

El TJUE y el referido Abogado General, son claros en sus argumentos. La lectura de las Directivas de Sociedades, igualmente estimamos que son claras en su interpretación. O sea, los conflictos de intereses no se encuentran dentro del ámbito de representación de los administradores sociales, nos encontramos realmente ante una carencia de poder que ha de solucionarse de conformidad con la legislación nacional no armonizada por las Directivas de Sociedades, es decir, en nuestro caso con la regulación de la ausencia de poder (art. 1259 CC), que fue tal y como calificaron los Tribunales holandeses el conflicto de intereses sucedido, según se puede observar en la propia sentencia del TJUE antes citada.

Se produce por tanto una auténtica reserva competencial del conflicto de interés a la Junta General de la Sociedad, *ex* artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital y siendo esto así, lo que es competencia de un órgano social (Junta General) no puede ser actuado por otro órgano social (Administración), salvo la propia excepción cuantitativa que prevé el propio artículo 230.2 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que conforme a lo que también regulan las Directivas de Sociedades quedan fuera del ámbito de representación de administradores las

materias para las que sea competente otro órgano social, en este caso, la Junta General. Es decir, el exceso del poder legalmente —en el sentido de reserva competencial— conferido al órgano de administración no queda cubierto por aplicación de las previsiones del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital.

No obstante, la vinculación que realizábamos del supuesto de hecho conflictual con el deber de lealtad a la consecuencia del artículo 1259 del Código civil, no es menos cierto que la tipificación del caso, admite otras posibilidades en función de si se considera como hacen el Centro Directivo y algunos autores que los casos de conflictos de intereses entran dentro del ámbito de representación de los administradores resultándoles por tanto aplicable, a su juicio, el régimen del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital, según nos explicamos a continuación.

Por ello y bajo esa concepción, la infracción del deber de lealtad de los administradores, *ex* artículos 227 y siguientes de la Ley de Sociedades puede dar lugar a situaciones que supondrían tener que ser analizadas desde los supuestos generales de ausencia de poder, exceso de poder o de abuso de poder, en el caso de seguirse esa interpretación del artículo 234 de la Ley de Sociedades de Capital y bajo la admisión de esa postura a los solos efectos dialécticos, efectuamos las siguientes consideraciones.

— Ausencia de poder:

Pensemos 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.

Para entender correctamente la tipología del deber de evitar situaciones que impliquen un conflicto de interés al administrador *ex* artículo 228.e) de la Ley de Sociedades de Capital exponemos el siguiente razonamiento de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020 (Id Cendoj: 28079110012020100585), que literalmente razona lo siguiente:

«3. Los preceptos legales relevantes para resolver el recurso, a excepción del artículo 231 LSC, han sido redactados por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre.

4. El artículo 227.1 LSC establece:

«Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad».

5. Este precepto establece el deber de comportamiento leal de los administradores, que actúa como cláusula general respecto de las concreciones que se desarrollan en los artículos siguientes.

6. Esta formulación genérica del deber de lealtad se ve complementada con una enumeración ejemplificativa de las principales obligaciones derivadas del deber de lealtad, que se contiene en el artículo 228 LSC. Su último apartado, letra e), establece:

«En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: [...] Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean

por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad».

7. Esta obligación es, a su vez, desarrollada en el artículo 229.1 LSC que, en sus seis apartados (letras a) a f)), enumera una serie de obligaciones derivadas del deber de evitar situaciones de conflicto de interés del artículo 228.e) LSC.

8. Las enumeraciones contenidas en los artículos 228 y 229 LSC no son exhaustivas, por lo que la regla del artículo 227.1 LSC mantiene su valor de cláusula general y permite valorar, desde la óptica del cumplimiento de este deber de lealtad, otras conductas de los administradores.

9. El artículo 229.2 LSC dispone que «[l]as previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador». A su vez, el artículo 231 LSC contiene un listado, con el carácter de *numerus clausus* [relación cerrada], de quiénes son esas personas vinculadas a los administradores sociales a los efectos del deber de evitar situaciones de conflicto de interés. En consecuencia, el deber de lealtad es infringido tanto cuando el conflicto de interés se produce entre la sociedad y el administrador, actuando este por cuenta propia o ajena, como cuando el conflicto se produce entre la sociedad y una persona vinculada con el administrador, considerándose como persona vinculada cualquiera de las enumeradas en el artículo 231 LSC.

10. Dado el sistema de cláusula general con varias subcláusulas ejemplificativas que utiliza la Ley de Sociedades de Capital para regular el deber de lealtad de los administradores sociales, el administrador social habrá vulnerado el deber de lealtad también en supuestos en los que su conducta determine una situación de conflicto de interés que no se ajuste necesariamente a alguno de los supuestos previstos en los distintos apartados del artículo 229.1 LSC. Pero el recurso de casación se ha fundado en que la infracción legal cometida por la sentencia recurrida ha consistido en no considerar que los administradores cesados incurrieron en las conductas descritas en los apartados a) y f) del artículo 229.1 LSC, por lo que debemos ceñir nuestra resolución a valorar si la sentencia de la Audiencia Provincial recurrida ha infringido, por haberlos aplicado incorrectamente, los preceptos legales invocados como fundamento del recurso».

Es decir, el listado de situaciones de conflicto de interés previsto en el artículo 229 de la Ley de Sociedades de Capital no supone un sistema de *numerus clausus*.

En este caso particular de infracción conflictual en confluencia con una infracción competencial (art. 160 f. de la Ley de Sociedades de Capital), como también decíamos en su momento, entendemos que la misma se ajusta a la ausencia de poder³.

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 sociedades 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 socie-

dad, 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.

Por lo tanto, es la Ley la que atribuye la competencia en esta materia del artículo 160 f) de la Ley de Sociedades de Capital a la Junta General de la sociedad, excluyéndola pues del ámbito del poder de representación del órgano de administración, configurándose pues cualquier actuación del órgano de administración en esta materia como una auténtica injerencia competencial y como una auténtica carencia o ausencia de poder, ajeno por tanto al margen de su actuación conforme o no al objeto social. De esta forma, con mayor o menor acierto (eso es objeto de otro debate) el legislador español no realiza ninguna desviación de lo previsto en la citada Directiva, la que le faculta como no podía ser de otra forma a realizar la distribución competencial de las materias propias de los órganos de las sociedades de capital, estando la propia consecuencia de dicha distribución competencial pero en función de la tradicional regulación de esta materia, conectándose el supuesto a los casos de actuaciones ajenas al objeto social.

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»⁴.

¿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.

— Exceso o extralimitación de poder:

En la doctrina civilista, se ha distinguido con claridad el concepto de exceso de poder del abuso de poder.

Recordamos que el artículo 1714 del Código civil prevé que: «*El mandatario no puede traspasar los límites del mandato*».

Comentando dicho artículo 1714 del Código civil, LEÓN ALONSO⁵ establece la anterior distinción con el siguiente tenor: «Ello porque si retornamos al interés del mandante como eje capital de toda la actuación representativa, por gestión excesiva debe entenderse únicamente el supuesto en que el mandatario, aún traspasando los límites del mandato por realizar actos no expresamente comprendidos en el contenido inicial del mismo, actúa inequívocamente en interés exclusivo del mandante, en tanto que por gestión abusiva debe estimarse el caso en que en idénticas o similares circunstancias, el mandatario realiza actividades en función o valiéndose de su cualidad de tal y de la oportunidad que el encargo le proporciona no ya solo en su propio interés, sino incluso en perjuicio del representado (v. en este mismo sentido la STS de 5 de febrero de 1969)».

Trasladando la posibilidad de que se impartan estas instrucciones en el ámbito societario, nos encontramos el artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital, que establece: «*Salvo disposición contraria de los estatutos, la junta general de las sociedades de capital podrá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 234*».

En estos casos societarios de exceso de poder, la particularidad de la norma mercantil (art. 161 de la Ley de Sociedades de Capital. *Vid.*, igualmente, el artículo 286 del Código de Comercio, para el factor, del que se desprende que en el Derecho mercantil el exceso de poder no perjudica al tercero, sino al representado) frente a la consecuencia de la norma civil que precisa la ratificación para la vinculación del principal (art. 1727 CC), tiene que evitar un conflicto normativo entre las consecuencias de la validez frente a terceros del acto excedido ya que ha de solventarse predicando dicha validez por la especialidad del artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital frente al artículo 1727 del Código civil.

Sin embargo, el caso que teóricamente nos ocupa no se trataría de un simple acto excedido, sino de un acto con exceso de poder y a la vez con infracción del deber de lealtad, pero, ¿esto es posible?, depende, podríamos decir inicialmente.

Para ello, hemos de acudir tanto al artículo 227.1 de la Ley de Sociedades de Capital que configura el deber de lealtad del siguiente modo: «*Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad*» así como al artículo 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, que expresamente como infracción del deber de lealtad que prevé lo siguiente: *En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: a) No ejercitar sus facultades con fines distintos de aquellos para los que le han sido concedidas.*

Si el exceso de poder implica actuar en interés del poderdante o principal (en contraposición al abuso de poder que supone la actuación dentro de los límites del poder pero en interés exclusivo del poderdante) y la obligación de los administradores ha de ser actuar de buena fe en interés de la sociedad, en nuestra opinión, la desatención del interés social (poderdante o principal, en la terminología civilista) hace incompatible el exceso de poder con la infracción del deber de lealtad en que se incurriera por ejercerse las facultades conferidas con fines distintos para las que fueran concedidas.

Por lo tanto, el exceso de poder por contravención de las instrucciones de la Junta General *ex* artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital ha de llevar la validez del acto siempre y cuando la actuación excedida haya sido efectuada en interés social.

Pero, ¿qué ocurriría en aquel caso en que la actuación se hubiera ajustado a las instrucciones de la Junta General, pero se hubiera actuado por el administrador en exclusivo interés suyo sin seguir el interés social con auténtico conflicto de interés? Si bien, ajeno al genuino concepto de exceso de poder y más propiamente dentro del concepto del abuso de poder, creemos que, este acto habría de ser considerado nulo por ilicitud causal, en aplicación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, *ex* artículo 1275 del Código civil al infringirse la normativa reguladora de los deberes de lealtad previstos para los administradores de las sociedades de capital, con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 del Código civil.⁶

— Abuso de poder:

Como nos enseñó DÍEZ-PICAZO⁷: «el abuso del poder de representación presupone la existencia formal del poder y la actuación del apoderado dentro de los límites del poder. Implica, sin embargo, una utilización del poder de representación para una finalidad distinta de la perseguida por el poderdante y en función de unos intereses distintos de los del poderdante (...) Se ha discutido en la doctrina cuál es la naturaleza y la fundamentación de esta sanción de ineficacia que en los casos descritos se aplica a los actos abusivos. Algunos autores sostienen que se trata de un caso de anulabilidad. Esta idea tiene su fundamento más profundo en consideraciones de jurisprudencia de intereses, en virtud de las cuales se entiende que debe hacerse al poderdante árbitro de la situación, de manera tal que se le permita decidir a él mediante un acto de su voluntad la validez o invalidez del acto. Estas consideraciones, admisibles, desde el punto de vista de política legislativa, tropiezan, sin embargo, con la *lex data*. Así, en nuestro Derecho Positivo la anulabilidad carece de base legislativa en que apoyarse. El defecto del acto contemplado parece un defecto causal: nulidad por causa ilícita».

En este caso, claramente también nos encontramos en la nulidad por causa ilícita en aplicación del artículo 232 de la Ley de Sociedades de Capital, *ex* artículo 1275 del Código civil al infringirse la normativa reguladora de los deberes de lealtad previstos para los administradores de las sociedades de capital, con el reproche moral que ello conlleva y con las consecuencias anudadas al respecto que prevé el artículo 1306 del Código civil.

O sea, se actúa dentro de los límites del poder pero en interés exclusivo del administrador, la aplicación de los artículos 227 y 228 a) de la Ley de Sociedades de Capital, creemos que no deja lugar a dudas a la nulidad por ilicitud causal antes concluida.

II. ALGUNAS CUESTIONES PROCESALES ANUDADAS A LA INFRACCIÓN DEL DEBER DE LEALTAD

Llegados a este punto, es cuando nos surgen algunas cuestiones procesales anudadas la infracción del deber de lealtad y que estimamos dignos de mención y a tener en cuenta.

— Ausencia de poder:

¿Cómo hacer valer la ausencia de poder a la que pudiera llevar una infracción del deber de lealtad a la vez con vulneración competencial, en los términos expuestos, en aplicación del artículo 1259 del Código civil? ¿Quién tiene legitimación para hacerla valer, solo las partes del acto o contrato ineficaz o también un tercero, ej. socio o accionista? ¿Se puede solicitar la devolución de prestaciones que se hubieran efectuado con base a ese contrato ineficaz?

Como primera a la respuesta a la primera cuestión, entendemos que en caso de ausencia de poder y negocio ineficaz *ex* artículo 1259 del Código civil, precisamente habría que interponer una acción que declarara la ineficacia del negocio imperfecto concluido por un administrador con conflicto de interés.

Nuestro artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y nuestra jurisprudencia ha admitido la procedencia de las pretensiones meramente declarativas, en las que la parte demandante tan solo pretende que el tribunal declare la existencia de un derecho.

La Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992 (RTC 1992, 210), proclama al respecto que:

«La admisibilidad de las acciones meramente declarativas está condicionada a la existencia de un interés digno de tutela. La acción meramente declarativa como modalidad de tutela jurisdiccional que se agota en la declaración de la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación jurídica, no existe como tal si no se da una verdadera necesidad de tutela jurisdiccional cifrable en el interés en que los órganos judiciales pongan fin a una falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate. El interés es, pues, requisito de la acción meramente declarativa».

Su viabilidad está, por lo tanto, condicionada a que su utilización esté justificada por una necesidad de protección jurídica, o dicho de otra forma, por el interés del actor en que se ponga en claro su derecho, al ser denegado o desconocido por el demandado.

Como respuesta a la segunda cuestión que nos proponemos, es de aplicación al caso la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual el reconocimiento por el artículo 24.1 CE del derecho a la tutela judicial efectiva a todas las personas que son titulares de derechos e intereses legítimos, impone a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar las fórmulas que las Leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa, no solo de manera razonable y razonada, sin sombra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo (por todas, STC 28/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 28], F. 2).

Resultando que el interés legítimo es cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida (SSTC 252/2000, de 30 de octubre [RTC 2000, 252], F. 3; 173/2004, de 18 de octubre [RTC 2004, 173], F. 3; y 73/2006, de 13 de marzo [RTC 2006, 73], F. 4). En consecuencia, para que exista interés legítimo, la actuación impugnada debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso (STC 45/2004, de 23 de marzo [RTC 2004, 45], F. 4).

Por ello, un tercero si goza de interés legítimo, ha de tener legitimación activa para la interposición de la referida acción declarativa de inexistencia de contrato efectuado con conflicto de interés y claro que un socio o accionista puede ver repercutido en su esfera jurídica el resultado de dicha declaración de negocio jurídico imperfecto al afectar al patrimonio de la empresa e incluso a la

valoración de sus acciones o participaciones sociales la decisión de conclusión del mismo en conflicto de interés.

Como respuesta a la tercera cuestión, también entendemos que ha de ofrecerse una respuesta positiva al mismo, mediante el recurso a la doctrina del enriquecimiento injustificado.

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.

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 aum dixeron que ninguno non deue enriquecerse tortizeramente con daño de otro*» (Séptima Partida Título XXXIII 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.

— Nulidad:

¿Podría el tercero contratante excepcionar la restitución de lo percibido?

La consideración del supuesto como una nulidad contractual absoluta, implicaría la aplicación del artículo 1306.2 del Código civil⁸, pudiendo el tercero contratante que ha sido parte del negocio nulo desleal excepcionar la restitución de la prestación al estar solo la culpa de la misma, por parte de la sociedad cuyo administrador ha infringido el deber de lealtad.

La aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido (STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre), por lo que la actuación con infracción del deber de lealtad, pudiendo ser considerada como contraria al orden público económico y con reproche social al resultar contravenido el sistema garante del buen gobierno corporativo conllevaría la aplicación de la torpeza causal con el resultado referido como excepción al régimen general restitutorio de prestaciones, previsto en el artículo 1303 del Código civil.

A nuestro juicio, no toda ilicitud causal ha de suponer una torpeza causal. Entendemos que resulta necesario, el reproche moral o la infracción de orden público económico.

Ya la sentencia del Tribunal Supremo núm. 567/2009 de 30 julio (imposición de precios) resuelve un caso en que en la sentencia de apelación (fto. quinto) se establece que no nos encontramos ante una mera recomendación de precios sino ante una auténtica imposición por remisión a unos listados de precios a los que se obliga a sujetarse al franquiciado, sin que obste que no afecte a todos los productos suministrados, bastando que afecte solo a algunos de los servidos por la franquiciadora, y al afectar la venta [reventa] a los precios indicados al margen comercial se está incidiendo en los ingresos de la franquiciada y con ello en el canon a abonar por la franquicia. Y también se reitera la aplicación del artículo 1306.2 del Código civil al resultar diáfano que las entidades franquiciadoras tenían conciencia de la ilicitud de la imposición de precios o al menos hubieran debido tenerla.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad, razonando lo siguiente:

«Finalmente se plantea por la parte recurrente la inaplicabilidad al caso del artículo 1306.2.ª del Código civil. El planteamiento se estima porque, como se afirma en el recurso no es de aplicación dicho precepto, sino el del artículo 1303 del Código civil, pues ni la causa de nulidad apreciada tiene la condición de torpe, en su sentido estricto de immoral, ni ha existido un propósito dañino o malicioso por parte de la franquiciante. La aplicación de la normativa del artículo 1306 del Código civil con el efecto de «dejar las cosas como están» sería claramente injusta, y máxime si se tiene en cuenta que a ambas partes les es imputable en la misma medida consensual la consignación de la cláusula, y conllevaría un claro enriquecimiento injusto para una de ellas».

Más recientemente, la STS núm. 612/2017 de 15 noviembre se analiza la nulidad de los contratos sujetos a la Ley 42/1998 y celebrados al margen de sus disposiciones, así como los efectos restitutorios de dicha nulidad.

El Tribunal Supremo descarta la aplicación del artículo 1306 del Código civil, sobre la inexistencia de inmoralidad (reproche moral) o vulneración de orden público económico, razonando lo siguiente:

3. Por lo que se refiere a los efectos restitutorios propios de la nulidad declarada, como hemos advertido en ocasiones anteriores, la nulidad por contravención de la ley (art. 1.7 de la Ley 42/1998) no implica necesariamente la aplicación de la regla contenida en el artículo 1306 del Código civil (LEG 1889, 27), que permitiría al adquirente «no culpable» de la nulidad del contrato reclamar lo entregado sin restituir lo recibido (o su valor). La aplicación del artículo 1306 del Código civil requiere una «torpeza» en el causante de la nulidad, un reproche moral o una contrariedad con un orden público económico, una nulidad causal justificada por la reprensión del contenido del contrato, lo que no puede identificarse con la nulidad de todo negocio prohibido. En el caso, la propia relatividad del reproche a los contratos celebrados «al margen» de la Ley 42/1998 ha quedado confirmada por el legislador con posterioridad, puesto que en la vigente Ley 4/2012, de 6 de julio (RCL 2012, 946), de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, se admite la validez de otras modalidades de

constitución de los derechos [Sentencias 449/2017, de 13 de julio (RJ 2017, 3625), 471/2017, de 19 de julio (RJ 2017, 3649), 552/2017, de 27 de septiembre].

Con idéntico objeto procesal a esta STS núm. 612/2017 de 15 de noviembre, e idéntico razonamiento sobre la inaplicabilidad del artículo 1306 del Código civil sobre la ausencia de inmoralidad o vulneración de orden público económico, colacionamos igualmente las siguientes STS: Sentencia núm. 449/2017 de 13 de julio; Sentencia núm. 286/2018 de 18 de mayo; Sentencia núm. 132/2018 de 7 de marzo; Sentencia núm. 49/2018 de 30 de enero; Sentencia núm. 680/2017 de 15 de diciembre; Sentencia núm. 647/2017 de 27 de noviembre; Sentencia núm. 611/2017 de 15 de noviembre; Sentencia núm. 522/2017 de 27 de septiembre; Sentencia núm. 471/2017 de 19 de julio (De todas estas STS, ha sido ponente la Excm. Sra. PARRA LUCÁN).

Esta nueva línea jurisprudencial enlaza con la opinión de autores como DELGADO ECHEVARRÍA, PARRA LUCÁN y Díez-PICAZO sobre la literalidad del artículo 1306 del Código civil («*causa torpe*»)⁹.

¿Podría argumentarse esta nulidad contractual por infracción del deber de lealtad vía excepción reconvenional como consecuencia de una demanda civil del que conozca un Juzgado de Primera Instancia? La respuesta no es sencilla.

En este caso, empezamos citando la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 919/2011 de 23 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 1895), donde se conoce de un recurso de casación en un supuesto donde se alegó mediante la excepción prevista en el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la nulidad de un negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por vulneración de los preceptos reguladores de la misma previstos en la Ley de Sociedades Anónimas.

En este pleito, la recurrente interesa el error de la Audiencia Provincial al no permitir que la nulidad se alegue vía de excepción y obviamente el Tribunal Supremo confirma dicha postura simplemente con la lectura del artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aunque no admita el recurso extraordinario de infracción procesal por entender que pese a la errónea postura de la Audiencia Provincial sí que dio respuesta a la nulidad excepcionada, declarando expresamente que dio a la excepción reconvenional el tratamiento adecuado.

En lo que nos interesa, ni el Juzgado de Primera Instancia, ni la Audiencia Provincial ni el Tribunal Supremo observaron falta de competencia objetiva ante una acción declarativa del crédito; otra de declaración de responsabilidad como consecuencia de la asunción de deuda y la declaración de responsabilidad de unos avalistas solidarios de las que conoció el Juzgado de Primera Instancia de Madrid número 34 en la que se opuso por vía de excepción la nulidad de un negocio de emisión de obligaciones hipotecarias por infracción de la normativa societaria, admitiéndose la validez de dicha excepción.

Esta Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011, sin embargo, resulta desconcertante procesalmente hablando, ya que, pese a afirmar lo anterior entiende que el juez ha de pronunciarse específicamente en la sentencia con efecto de cosa juzgada, lo que aleja a este mecanismo procesal de la naturaleza de una verdadera excepción para acercarlo al carácter de reconvenión lo que sí afectaría a la competencia objetiva judicial¹⁰.

Más gráficamente, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) Sentencia núm. 249/2013 de 25 abril de 2013, (RJ 2013, 3499), en relación la nulidad contractual esgrimida mediante el artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de un contrato de abanderamiento de estación de servicio y suministro en exclusiva de carburantes y combustible por infracción de la normativa del Derecho de la Competencia, razona expresamente lo siguiente:

«CUARTO

— Los motivos que pretenden la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia han de ser desestimados por las siguientes razones:

1.^a La petición expresa de nulidad del contrato litigioso por incompatibilidad de alguna de sus cláusulas con el Derecho comunitario (hoy de la Unión), formulada por la hoy recurrente en su contestación a la demanda, no tuvo su correspondencia adecuada, en materia de competencia objetiva, ni en el propio escrito de contestación, ni en la providencia del Juzgado convocando sin más a las partes a la audiencia previa ni, en fin, en la conducta de ambas partes en dicha audiencia previa: lo primero, porque la parte demandada hoy recurrente aceptó expresamente en su contestación la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia pero no formuló reconvencción ajustada al artículo 406 LEC (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) ; lo segundo, porque la juez no exigió a la demandada ninguna aclaración ni corrección de su contestación a la demanda; y lo tercero, porque ni la parte demandante pidió contestar a la alegación de nulidad, como autoriza el artículo 408.2 LEC, ni ninguna de las dos partes suscitó cuestión alguna en la audiencia previa sobre la competencia objetiva para conocer de la nulidad del contrato ni sobre la necesidad de traslado específico a la parte demandante para contestar a la nulidad contractual muy claramente pedida en la contestación.

2.^a La pasividad de las partes y del juzgado no impedía al tribunal de apelación acordar la nulidad de actuaciones por falta de competencia objetiva, pues conforme al apdo. 2 del artículo 48 LEC podría haberlo hecho incluso de oficio, ya que la sentencia del Pleno de esta Sala núm. 539/2012, de 10 de septiembre (RJ 2013, 1605), declara que el artículo 86 ter LOPJ (RCL 1985, 1578 y 2635) contiene una regla de atribución de competencia objetiva, no una simple norma de reparto.

3.^a Sin embargo, conforme al criterio de esa misma sentencia del Pleno lo procedente no era acordar la nulidad de actuaciones, sino adoptar la solución más acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva en relación con lo actuado por las partes y con la tramitación del asunto hasta dictarse la sentencia de primera instancia, solución que no podía ser otra que resolver todas las cuestiones planteadas en el litigio, incluida la nulidad no tanto del contrato litigioso cuanto de alguna o algunas de las cláusulas o de una parte de las mismas por incompatibilidad con el Derecho europeo de la competencia, puesto que:

A) Una aplicación rígida del artículo 86 ter, apdo. 2, letra f), de la LOPJ habría comportado una carga desproporcionada para ambas partes, ya que imponía a la demandada interponer a su vez una demanda de nulidad contractual ante el Juzgado de lo Mercantil cuya admisión a trámite habría determinado la suspensión del litigio sobre reclamación de cantidad hasta que recayera sentencia firme».

Es decir, el Tribunal Supremo razona y falla que no resulta acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva una interpretación rígida del artículo 86 ter, apdo. 2, letra f) de la LOPJ impedir al Juzgado de Primera Instancia conocer de una excepción de nulidad planteada vía artículo 408 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por versar dicha nulidad en materia mercantil (Derecho de la Competencia) ya que ello obligaría a la parte a interponer la correspondiente de nulidad y pedir la suspensión por prejudicialidad civil el pleito civil hasta la decisión del pleito mercantil, obligando a la parte a un coste procesal y peregrinaje de jurisdicciones absolutamente innecesario.

III. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 16 de diciembre de 1997
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 noviembre de 1992
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de octubre de 2000
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de marzo de 2004
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de octubre de 2004
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2005
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 2006
- Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 2007
- Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2011
- Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2017
- Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2018
- Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2020
- Resolución de 3 de agosto de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGUREN URRIZA. *Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI. Mercantil*. Consejo General del Notariado, Thomson-Civitas, 2004.
- CORDÓN MORENO. Una precisión sobre la excepción reconvencional de nulidad absoluta 21 de noviembre, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-la-excepcion-reconvencional-de-nulidad-absoluta/>.
- DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005.
- DÍEZ PICAZO y PONCE DE LEÓN. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979.
- *Par delictum y par causam turpitudinem*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo V, 1991.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración. *Revista de Derecho Mercantil* núm. 309/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018.
- LEÓN ALONSO. Artículo 1714. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II.
- 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.
- 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.

NOTAS

¹ REDONDO TRIGO. La ineficacia de la representación como consecuencia de la infracción del deber de lealtad de los administradores y las situaciones de conflicto de interés. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 759, 513-529.

² 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».

³ 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, págs. 3741-3756.

⁴ 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)».

⁵ LEÓN ALONSO. *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, BOE, 1991, T. II, págs. 1537 y 1538.

⁶ *Id.*, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ. La prestación de otros servicios por los administradores sociales y su remuneración». *Revista de Derecho Mercantil* núm. 309/2018 parte Estudios Editorial Civitas, SA, Pamplona. 2018. Si bien, en el ámbito de las consecuencias del artículo 220 LSC, GARCÍA-CRUCES defiende la aplicación del artículo 1306 CC por los casos de infracción del deber de lealtad, al decir que: «...la exigencia de lealtad constituye un principio estructural dentro del régimen dispuesto para el buen gobierno corporativo, y que ello no es más que fruto del rechazo que produce en la sociedad los comportamientos contrarios. Una actuación desleal por parte del administrador encierra una actuación contraria a la Ley pero, también, es merecedora de un particular reproche social...».

⁷ Díez-PICAZO. *La representación en el Derecho Privado*, Civitas, 1979, págs. 198 y 199.

⁸ Para la infracción del deber de lealtad derivado de la ausencia de acuerdo de Junta General en el caso de contratación de prestación de servicios con el administrador; *Id.*, GARCÍA-CRUCES (*op. cit.*), quien se pronuncia del siguiente modo: «Desde esta óptica, parece entonces razonable concluir afirmando la procedencia de aplicar, en el supuesto que ahora nos interesa, esta excepción a la regla general de recíproca restitución en los casos de nulidad. Y ello es así en la medida en que parece que podrá compartirse, pues así lo explicita el texto legal, que la exigencia de lealtad constituye un principio estructural dentro del régimen dispuesto para el buen gobierno corporativo, y que ello no es más que fruto del

rechazo que produce en la sociedad los comportamientos contrarios. Una actuación desleal por parte del administrador encierra una actuación contraria a la Ley pero, también, es merecedora de un particular reproche social.

Siendo así las cosas, vendría a justificarse la aplicación de cuanto dispone el artículo 1306.2 del Código civil en el supuesto que consideramos, de manera que el administrador quedaría obligado a restituir lo que hubiera percibido de la sociedad y a ella nada podría reclamar. De otro lado, la sociedad de capital consolidaría lo adquirido (la obra o servicio prestado) sin que nada pudiera reclamársele».

⁹ DELGADO ECHEVARRÍA. Artículos 1300-1314, en *Comentario al Código civil*. Tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos en la teoría y en la práctica*. Dykinson, Madrid, 2005; Díez PICALO y PONCE DE LEÓN. *Par delictum y par causam turpitudinem*, Academia Sevillana del Notariado, Tomo V, págs. 173-192, 1991.

¹⁰ *Vid.*, CORDÓN MORENO. Una precisión sobre la excepción reconvenzional de nulidad absoluta 21 de noviembre, 2018. <https://www.ga-p.com/publicaciones/una-precision-sobre-la-excepcion-reconvenzional-de-nulidad-absoluta/>.

Acertadamente este autor procesalista haciéndose eco de esta STS de 23 de diciembre de 2011, nos expone las consecuencias de una u otra postura: «Pues bien, la cuestión es relevante porque las consecuencias jurídico-procesales que se derivan de una y otra respuesta son diferentes. Baste recordar estas dos: a) la excepción, como medio de defensa que es, tiene por finalidad obtener una sentencia desestimatoria de la pretensión del actor; por lo que ni limita la competencia del tribunal ni el tipo de procedimiento (al no producir la excepción un aumento del objeto del proceso, los efectos de la litispendencia, entre ellos el de la perpetuatio iurisdictionis, se producen desde el momento de la admisión de la demanda, sin que tenga influencia alguna, en la competencia objetiva o en el tipo de procedimiento, el objeto de la excepción introducida por el demandado), ni es necesario, para que la sentencia sea congruente, que contenga un pronunciamiento expreso sobre la misma, ni, en fin, se extiende a ella la eficacia de cosa juzgada; la reconvencción, por el contrario, supone el ejercicio de una verdadera acción del demandado frente al actor; por lo que puede influir en la competencia, el pronunciamiento sobre la misma producirá eficacia de cosa juzgada y el requisito de la congruencia de la sentencia exige que el juez se pronuncie sobre ella en la sentencia; b) el desistimiento del actor impide al juez pronunciarse sobre la excepción, pero no sobre la reconvencción, que deberá continuar su tramitación como si de un proceso independiente se tratara».

3. URBANISMO

Determinación del aprovechamiento urbanístico de suelos demaniales incluidos en actuaciones de urbanización

Determination of the urban use of public land included in new urban development

por

VICENTE LASO BAEZA

Laso & Asociados Despacho Jurídico y Urbanístico

RESUMEN: La presencia en los ámbitos sujetos a actuaciones de urbanización de suelos de dominio público que habiendo sido obtenidos a título oneroso estuviera previsto por el planeamiento urbanístico que hubieran de mantenerse, da lugar a la necesaria individualización de las unidades de aprovechamiento que de ellos deriven a fin de su posterior acceso al Registro de la Propiedad mediante su inscripción en folio registral independiente, siendo a tal fin de especial interés la doctrina sentada por la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 25 de mayo de 2021 en cuanto se ocupa de los términos de tal determinación, los cuales en todo caso han de verse complementados con las prescripciones que, en relación con los bienes o derechos pertenecientes a las Administraciones públicas, figuran en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y su Reglamento de 28 de agosto de 2009.

ABSTRACT: *Analysis of the urban use determination when it belongs to public lands included in new urban developments based on the resolution of 25 May 2021*

PALABRAS CLAVE: Aprovechamiento urbanístico. Dominio público. Determinación. Actuación urbanización. Reparcelación.

KEY WORDS: *Urban use. Public land. Determination. New urban development. Reparcelization project.*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SUELOS DEMANIALES Y EL PROCESO URBANÍSTICO.—II. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021: 1. TRATAMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021. 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021.—III. LA DETERMINACIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS CORRESPONDIENTES A SUELOS DEMANIALES OBTENIDOS A TÍTULO ONEROSO EN ACTUACIONES DE UR-

BANIZACIÓN: 1. OBLIGATORIEDAD DE LA INDIVIDUALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS CORRESPONDIENTES A SUELOS DEMANIALES EN ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN. 2. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO. 3. LOS ESTADIOS CORRESPONDIENTES A LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO.—IV. LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE LOS SUELOS DEMANIALES AL AMPARO DEL ARTÍCULO 39 DEL REAL DECRETO 1093/1997 CON ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO DE LA OCUPACIÓN DIRECTA: 1. LA ACEPTACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO PARA LA OCUPACIÓN DIRECTA Y SU LÓGICA EXTENSIÓN A LOS SUELOS DEMANIALES QUE SE MANTIENEN. 2. LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LOS APARTADOS 1 Y 4 DEL REAL DECRETO 1093/1997.—V. POSIBLES CAUTELAS A ADOPTAR CON MOTIVO DE LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS SUELOS DEMANIALES Y EL PROCESO URBANÍSTICO

La participación de los suelos de dominio público en las actuaciones de transformación urbanísticas plantea problemas de diferente naturaleza según se contemple desde la fase de planeamiento o desde la de gestión.

Así, mientras en la fase de planeamiento tradicionalmente se ha tratado de una cuestión estrechamente relacionada con los matices aplicables a su intervención en el cálculo del aprovechamiento urbanístico cuando ya existieran al tiempo de su aprobación, en la fase de gestión ha sido la cuestión de su participación en los procesos de equidistribución la que más habitualmente ha hecho acto de presencia. Así ha tenido lugar en este segundo caso, en efecto, sobre la base de cuál hubiera sido su tratamiento en la fase de planeamiento, de la naturaleza onerosa o gratuita de su título de adquisición, del contraste del dominio público preexistente con los de igual carácter de nueva creación como criterio igualmente relevante a estos efectos o, en lo que viene presentándose como una problemática recurrente, de su consideración en los procesos de equidistribución cuando hubiera que operar con el aprovechamiento procedente de suelos afectos al dominio público, obtenidos a título oneroso y que siendo preexistentes además mantuvieran su destino.

El presente comentario, que parte de la reciente Resolución de 25 de mayo de 2021 de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública¹, justamente se ocupa de este último supuesto en cuanto se refiere a las circunstancias propias de la individualización del aprovechamiento con vistas a su participación en los proyectos de equidistribución partiendo, en todo caso, de la premisa de la configuración del aprovechamiento como objeto de derecho².

En este sentido, en una anterior colaboración³, en la que se estudió tanto el posible fraccionamiento de las fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio como la enajenación de los aprovechamientos cuando tal fraccionamiento no fuera considerado viable partiendo, en ambos casos, de que así tuviera lugar con carácter previo a la aprobación del instrumento de equidistribución, se efectuó, en relación con esta segunda cuestión, un mero apunte sobre la circunstancia de su determinación como requisito previo ineludible a fin de dar debido cumplimiento al principio de especialidad en orden a su inscripción separada.

Así se hizo, en efecto, desde un planteamiento general sobre este extremo y, por lo tanto, dejando pendientes las circunstancias particulares que en relación con la determinación de los aprovechamientos pudieran darse en aquellos ca-

sos en los que, como ha quedado ya adelantado, se correspondieran con suelos afectos al dominio público cuya obtención se hubiera efectuado a título oneroso, incluidos en ámbitos de gestión y objeto de mantenimiento.

II. SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021

1. TRATAMIENTO DE LA DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO EN LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021

De la Resolución de 25 de mayo de 2021, que refleja una doctrina ya recogida en otras precedentes en relación con el régimen registral del aprovechamiento urbanístico *«cuando es objeto de negociación con independencia de la finca de la que deriva»*⁴, interesa detenerse en sus consideraciones sobre su carácter determinado o indeterminado.

En ella se diferencia entre el negocio civil de la transmisión de aprovechamientos y el negocio de transferencia de aprovechamiento entre fincas con fines de equidistribución y se sostiene, en relación con el primero, que su acceso registral como finca independiente solo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio (RD 1093/1997)⁵, a lo cual añade que, tanto en uno como en otro caso, entre las exigencias derivadas de los principios hipotecarios que han de cumplirse figura la impuesta por el de especialidad de tal modo que el aprovechamiento *«esté determinado y acreditado de modo objetivo»*.

Pues bien, a partir de este planteamiento inicial, cuando la resolución se ocupa del caso particular de la transmisión de aprovechamiento efectúa las siguientes consideraciones que se destacan como las más relevantes:

a) En primer lugar se afirma, en relación con aquellos derechos de aprovechamiento que pudieran corresponder a una finca incluida en una unidad de ejecución, que *«ordinariamente no podrá(n) acreditarse (...) hasta la elaboración y aprobación del proyecto pues es en este momento en el que quedan cuantificados y ponderados objetivamente los respectivos derechos de cada uno de los propietarios afectados»*.

b) En el párrafo siguiente y desde la sola lógica comprensión del adverbio *«ordinariamente»* antes empleado como equivalente a *frecuentemente*, en relación con la forma de acreditación de las unidades de aprovechamiento que pudieran corresponder al propietario de una finca incluida en una unidad de ejecución se apela por la resolución a *«la competencia de la Administración urbanística»* como responsable de la aplicación del planeamiento, añadiendo que, aun cuando tales unidades *«derivan de la titularidad dominical»*, son *«determinad(as) por el planeamiento aplicable»*.

c) No obstante la anterior afirmación sobre el aprovechamiento urbanístico como determinación del planeamiento aplicable, en un tercer párrafo sucesivo la resolución introduce un importante matiz precisamente en el orden de tal determinación pues así como no atisba *«especial problema»* cuando tenga lugar su *«reconocimiento»* en el supuesto de la ocupación directa a que se refiere el artículo 39.2 del RD 1093/1997, *«en otro caso»*, dice, *«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»*, sin embargo *«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».

d) Justificándolo en tal «natural indeterminación», la resolución, que no deja de aceptar la inscripción del aprovechamiento en folio registral independiente en el caso de su transmisión parcial previsto en el artículo 43 del RD 1093/1997, manifiesta «comprende(r)» la presencia, que califica como mayoritaria, de negocios de transmisión de aprovechamiento «contemplados en el propio proyecto acompañando la correspondiente escritura de compraventa otorgada antes de su aprobación definitiva permitiendo cumplir el tracto sucesivo y motivando la apertura de su correspondiente folio propio».

e) Por razón de la citada indeterminación añade la resolución que «la forma habitual de configuración negocial es la transmisión de cuota indivisa de dominio con apoderamiento irrevocable a favor del comprador para intervenir en el proyecto permitiendo su acceso inmediato al Registro de la Propiedad», modo de proceder con el que se dice salvar las dificultades inherentes a la suspensión del otorgamiento de licencias de parcelación con la imposibilidad consiguiente de dividir o segregar⁶.

f) Igualmente la resolución se refiere a la posible inscripción previa de un acto preparatorio de la transmisión como es el caso de la concesión de un derecho de opción de compra sobre aprovechamiento urbanístico⁷ cuya determinación se presume —«no hay duda alguna», se dice— cuando «se acredite» o cuando «se refiera a la totalidad del aprovechamiento que pueda corresponder a la finca en una concreta actuación».

g) Por fin, cuando la resolución desciende al análisis de los concretos defectos que se le plantean, se ocupa del supuesto previsto en el artículo 39.4 del RD 1093/1997 como uno de los que permiten la apertura de folio independiente al aprovechamiento, supuesto para el que afirma la necesaria presencia, además del número de unidades de aprovechamiento objeto de transmisión por no ser posible la remisión genérica a la ficha del ámbito, de los siguientes requisitos presentados como necesariamente acumulativos: «que se trate de una actuación sistemática, que sea un sistema de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares y que la transmisión se verifique antes de la aprobación definitiva del proyecto».

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA RESOLUCIÓN DE 25 DE MAYO DE 2021

La Resolución de 25 de mayo de 2021, analizada desde la específica perspectiva ya anunciada sobre la determinación del aprovechamiento urbanístico, efectúa ciertas afirmaciones que si bien inicialmente pudieran parecer, en algunos de los casos, no del todo conciliables entre sí, permiten, sin embargo, una posible reconducción hacia una coherencia interna mediante una lectura debidamente integrada con el marco normativo propiamente urbanístico, con la letra del RD 1093/1997 según lo dispuesto en su artículo 39 y, como se verá al ponerlo en relación con los suelos demaniales en la concreta situación considerada, con su normativa especial.

En este sentido, de la resolución cabe extraer las siguientes conclusiones sobre el asunto de la determinación del aprovechamiento:

a) El aprovechamiento, ya se exprese en forma de unidades de aprovechamiento sobre la totalidad del ámbito sobre el que se proyectan ya como un índice

de aprovechamiento homogeneizado por metro cuadrado de suelo, constituye una determinación propia del planeamiento urbanístico con independencia de que esté necesitado de un posterior acto de concreción. No puede concebirse que fuera de otro modo desde el momento en que el aprovechamiento es expresión directa del reparto de una edificabilidad homogeneizada sobre una determinada superficie de suelo, tarea legalmente reservada de modo exclusivo al planeamiento urbanístico de carácter general dada su condición como determinación de naturaleza estructurante⁸ que, en cuanto tal, preexiste y se impone al planeamiento de desarrollo por aplicación de los principios de especialidad y jerarquía.

b) A su vez, así como la resolución reconoce que sea en el planeamiento donde se establezca la determinación del aprovechamiento urbanístico, su concreción definitiva será tarea propia del Proyecto de reparcelación. De igual modo, mientras la resolución no pone en duda el reconocimiento de las unidades de aprovechamiento dada su efectiva determinación, y en este caso también concreción, desde el planeamiento en el supuesto del artículo 39.2 del RD 1093/1997 como correlato de su regulación en la legislación autonómica⁹, en los restantes estaría sujeto a la que identifica, sin dar razón de tal calificación, como «*natural indeterminación*» o, en rigor, a lo que sería una determinación pendiente de concreción.

c) Es decir, después de afirmar que el aprovechamiento es determinado por el planeamiento, acto seguido sostiene la resolución que, en aquellos casos en los que su individualización no tuviera lugar en el marco de un procedimiento de ocupación directa —ideado por el legislador para la obtención anticipada de los suelos afectos a redes generales—, el aprovechamiento participaría de una falta de concreción cuya superación solo cabría alcanzar en el correspondiente instrumento reparcelatorio.

d) La anterior afirmación, sin embargo, no puede en ningún caso pasar por alto la aplicación de los cuatro supuestos de apertura de folio registral independiente a que se refiere el citado artículo 39 según ha quedado reflejado en la siguiente doctrina de la Dirección General: para el apartado 1 en la Resolución de 26 de junio de 2006, para los apartados 2 y 4 en la propia Resolución de 25 de mayo de 2021 y para el apartado 3 en la resolución de 11 de noviembre de 2002, la cual, aun cuando no llegó a ocuparse del fondo del recurso gubernativo interpuesto por no haber tomado parte en él determinados terceros adquirentes de derechos inscritos, dio cuenta de la inscripción en folio registral independiente de unos aprovechamientos urbanísticos en concepto de justiprecio por razón de una expropiación forzosa seguida en ejecución de un instrumento de planeamiento general cuya anulación por sentencia firme¹⁰ motivó la finalmente frustrada solicitud de su cancelación.

e) Debe también recordarse que si bien en la Resolución de 25 de mayo de 2021 se afirma que el acceso registral como finca independiente del negocio de transmisión de aprovechamiento urbanístico «*solo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente*», es decir, en los casos previstos por el artículo 39 del RD 1093/1997, la Resolución de 22 de julio de 2016¹¹ admitió, dada su proximidad con tales casos, la inscripción de las reservas de aprovechamiento también en folio independiente pese a no estar expresamente previstas en él¹², posición que igualmente tiene una indudable relevancia a los efectos de la cuestión aquí tratada.

f) Por lo demás, carece de sentido entender que la determinación y posible inscripción de los derechos de aprovechamiento solo puede tener lugar a través de la reparcelación si se tiene en cuenta que su inscripción lleva consigo precisamente la cancelación de todas las fincas de origen y su sustitución por la

apertura de nuevo folio registral a las fincas de resultado, todo ello conforme a los artículos 7.8 y 18.3 del RD 1093/1997, y que entre las fincas registrales de origen llamadas a desaparecer se encuentran, naturalmente, aquellas que consistan en aprovechamiento inscrito en folio independiente de acuerdo con lo dispuesto, entre otros, en los artículos 4, 5, 6, 7.4, 7.11 y 7.12 del mismo RD.

III. LA DETERMINACIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS CORRESPONDIENTES A SUELOS DEMANIALES OBTENIDOS A TÍTULO ONEROSO EN ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

1. OBLIGATORIEDAD DE LA INDIVIDUALIZACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LOS APROVECHAMIENTOS URBANÍSTICOS CORRESPONDIENTES A SUELOS DEMANIALES EN ACTUACIONES DE URBANIZACIÓN

Entre los suelos demaniales con derecho a aprovechamiento cuando forman parte de una actuación de urbanización deben considerarse comprendidos tanto aquellos que por no ser imprescindibles para el cumplimiento de sus fines hubieran de ser desafectados de modo expreso¹³ o por efecto directo de la aprobación del planeamiento¹⁴ y cuyo título de adquisición fuera oneroso¹⁵, como aquellos otros que participando de igual título de adquisición mantuvieran su condición demanial sin alteración alguna o con alteración cuando estuvieran incursos en procesos de transformación que pasaran, por ejemplo, por la previsión de un régimen de calificaciones superpuestas compatible con su pervivencia.

En los supuestos de mantenimiento de la demanialidad según las anteriores dos alternativas y teniendo presente que su mera incorporación como suelos de un ámbito de ordenación y gestión da lugar a su participación en el cálculo del aprovechamiento¹⁶, surge de modo inmediato, en los términos que plantea la Resolución de 25 de mayo de 2021, la cuestión sobre su determinación, la cual ha de ser contemplada desde el siguiente doble orden previsto por la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas: de un lado, por la obligatoriedad de la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos de dominio público cuando fueran susceptibles de inscripción (art. 36.1 de la LPAP); de otro, al imponer «*la desafectación o desadscripción de los aprovechamientos urbanísticos*» que se deriven de los suelos demaniales obtenidos a título oneroso que considerados imprescindibles para el cumplimiento de fines públicos formaran parte de un ámbito de actuación (art. 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas —RLPAP—).

De esta manera, la normativa vigente en materia de patrimonio de las Administraciones públicas viene a identificar un nuevo supuesto no previsto ni en el ordenamiento urbanístico ni en el registral del que resulta la necesaria individualización del aprovechamiento urbanístico cuya inscripción ha de ajustarse a lo previsto en la legislación hipotecaria tal y como dispone el artículo 46 del RLPAP, remisión que ha de entenderse que comprende el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997 referido a los supuestos de apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico más allá de que, conforme a lo ya indicado, la resolución de 22 de julio de 2016 haya admitido su extensión a situaciones no expresamente contempladas en él pero con el que guarden relación.

Dicho lo anterior, la realidad sin embargo demuestra que, en efecto, cuando ha de procederse a la determinación del aprovechamiento no sea en absoluto

extraña la presencia de ciertas circunstancias en virtud de las cuales se haga necesario un ejercicio adicional de concreción sucesiva de su exacta cuantía.

Así tiene lugar en la medida en que el reconocimiento concreto del número de unidades de aprovechamiento previstas desde el planeamiento urbanístico para cada metro cuadrado de suelo, ya sea de titularidad pública o privada, está supeditado a la presencia de las dos siguientes circunstancias.

De un lado, de cuál fuera en cada caso la superficie de suelo finalmente aceptada a los efectos de la reparcelación con la que se corresponda o, según el lenguaje al uso, de la que derive¹⁷, lo cual debe contemplarse de modo paralelo con aquellos supuestos en los que se hubiera alcanzado la coordinación gráfica con el Catastro y estuviera inscrita la representación gráfica de la finca en el Registro dados los efectos que a esta situación le atribuye el artículo 10.5 de la Ley Hipotecaria.

De otro, de la eventual existencia en el ámbito de otros suelos demaniales de los que normalmente se ignora, desde luego en la fase de elaboración y tramitación del planeamiento, si tienen o no derecho a participar del aprovechamiento urbanístico por el desconocimiento, por ejemplo, del carácter oneroso o gratuito de su título de adquisición o de la relación existente entre su superficie y la correspondiente a los suelos dotacionales de nueva creación en los términos al efecto previstos en el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística¹⁸.

En este sentido, si por ejemplo resulta que en un ámbito de actuación pueden convivir suelos demaniales con derecho a aprovechamiento y suelos demaniales sin derecho a él es claro que el establecimiento del correspondiente índice de aprovechamiento, cuando se incluyera desde el planeamiento por imponerlo el legislador autonómico¹⁹, participaría de una inevitable inconcreción en aquellos casos en los que su aplicación se mantuviera sin matiz alguno sobre la totalidad de su superficie.

La cuestión es en consecuencia de indudable relieve pues, frente a una posición de relativización de la determinación de los aprovechamientos como preludio del rechazo de su acceso registral cuando es lo cierto que su configuración como objeto de derecho está abiertamente recibida en las normas urbanística y registral y cuando, a su vez, es condición necesaria para el cumplimiento de la obligatoriedad legal de su inscripción en este tipo de supuestos, existen razones fundadas que —según dice la Resolución de 25 de mayo de 2021— respaldan su reconocimiento.

Así se considera dado su carácter determinable (art. 1273 CC) y de acuerdo con las cautelas que razonablemente pudieran plantearse para su acreditación definitiva a expensas de los posibles ajustes a que hubiera lugar en el momento de la aprobación de la reparcelación.

2. CONSIDERACIONES ACERCA DE LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO

La concreción del número exacto de las unidades de aprovechamiento a las que tienen derecho todas y cada una de las fincas de origen afectadas por una actuación de transformación urbanística es una función que no corresponde en modo alguno al planeamiento urbanístico sin perjuicio de que sea en él que se efectuó su cálculo a partir de los usos, sus intensidades y la superficie afectada. Por ello, la intervención del planeamiento en tal función no puede ir más allá del establecimiento de los parámetros necesarios para la futura concreción del

contenido final del derecho correspondiente a cada finca, concreción cuyo cierre solo podrá tener lugar cuando se efectúen las operaciones de detalle propias del proceso de gestión urbanística.

Piénsese, en ese sentido, que en el momento de la redacción y aprobación del planeamiento general previa, por lo tanto, al inicio de la fase de gestión, ni siquiera es posible conocer con total exactitud la estructura de la propiedad afectada por la actuación, su naturaleza en cuanto se refiere a los bienes públicos o circunstancias tan relevantes a estos efectos como el carácter oneroso o gratuito de su título de adquisición, razón por la cual en esa fase tan solo cabe realizar un ejercicio meramente aproximativo o indicativo en todo caso sujeto a los ajustes y correcciones que procedan en el sucesivo proceso reparcelatorio.

De este modo, la estimación realizada inicialmente podrá corregirse merced a múltiples causas, como, por ejemplo, las diferencias de superficie de las fincas afectadas entre aquella estimación y la que resulte de las mediciones necesarias a fin de establecer el derecho de cada uno de los propietarios, la presencia en el ámbito de vías pecuarias, caminos, arroyos u otros bienes de dominio público no considerados en un principio pero que, al reducir la superficie con derecho de aprovechamiento, pueden afectar al número de unidades de las restantes fincas o, en lo que aquí interesa, la posibilidad de que el análisis pormenorizado de los títulos de adquisición de bienes de dominio público incluidos en el ámbito (análisis que no corresponde a la fase de planeamiento sino a la de gestión) revele que, habiendo sido obtenidos a título gratuito o puestos en relación con los suelos demaniales de nueva creación, no debe reconocérseles aprovechamiento, lo que acrecentaría el correspondiente a los demás propietarios, según resulta del artículo 190 bis de la LPAP.

Por lo tanto, negar la posibilidad de emitir una certificación del número de unidades de aprovechamiento de una finca determinada por el riesgo de que se produzca alguna de las circunstancias expuestas, implicaría imposibilitar de hecho la inscripción de cualquier derecho de aprovechamiento, vaciando así de contenido los diversos preceptos que contemplan tal inscripción o el régimen de los aprovechamientos inscritos.

El cumplimiento de las obligaciones legales de inscripción de los bienes y derechos de las Administraciones públicas y de proceder a su desafectación no puede hacerse depender de la posibilidad de que en el proceso de equidistribución surja alguna circunstancia inicialmente imprevisible y que, además, es susceptible de producirse en todos los casos. En otro caso, holgaría la regulación legal porque aquellas obligaciones serían de imposible cumplimiento.

En definitiva, la determinación de las concretas edificabilidades y aprovechamientos atribuidos a cada una de las fincas afectadas por una actuación de transformación urbanística es una actividad evolutiva que admite una determinación inicial sin perjuicio de que su certeza total tan solo puede alcanzarse al final del proceso reparcelatorio. Pero esta circunstancia no debe considerarse como un obstáculo para que pueda tener lugar el cumplimiento de un deber legal, como es la inscripción de los bienes y derechos de las Administraciones públicas sin necesidad de esperar a que finalice aquel proceso, mediante la aprobación e inscripción del Proyecto de reparcelación cuando, como la propia Resolución de 25 de mayo de 2021 advierte, es una circunstancia inherente a la inscripción del aprovechamiento que tenga lugar antes de dicha finalización.

Por lo demás, frente a lo que sostiene la Resolución de 25 de mayo de 2021, nada hay presente en el supuesto del artículo 39.2 del RD 1093/1997 que permita sostener para él la determinación e inscripción del aprovechamiento que, en

cambio, se encuentre ausente en los supuestos contemplados en los apartados 1 y 4 hasta el punto de sostener que para estos se da una «*natural indeterminación*» impositiva de su acceso registral.

Y es que, en efecto, las circunstancias más atrás advertidas sobre la medición de las superficies afectadas y las distintas vicisitudes de los bienes demaniales pueden darse ya se pretenda por la Administración la inscripción del aprovechamiento que le corresponda, ya se acuda a la ocupación directa como modo anticipado de obtención de las redes públicas, ya, en fin, se considere, en un ámbito sujeto a un sistema de gestión privada, la incorporación de empresa urbanizadora o la transmisión del aprovechamiento por cualquier título a favor de tercero.

3. LOS ESTADIOS CORRESPONDIENTES A LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO URBANÍSTICO

En orden a la concreción del aprovechamiento urbanístico cabe distinguir la fase de planeamiento, la del desarrollo de la actividad de gestión y la correspondiente a su determinación definitiva por el Proyecto de Reparcelación.

En la fase de planeamiento, la determinación del aprovechamiento no se realiza teniendo en consideración individualmente las fincas afectadas por la actuación, sino que se limita al establecimiento de las condiciones precisas para su ulterior concreción en la fase de gestión²⁰.

En la fase de desarrollo de la gestión urbanística es cuando, una vez aprobado el planeamiento, procede realizar las mediciones precisas que permiten la determinación de la superficie individual de las fincas afectadas por la actuación, la identificación de cuáles de dichas fincas están llamadas a participar en el reparto del aprovechamiento y la correlativa identificación de aquellas otras que por corresponderse con bienes demaniales sin derecho a aprovechamiento han de quedar consiguientemente excluidas, a cuyo fin procede que sobre las que finalmente hayan de participar se aplique el índice correspondiente minorado en la medida en que hubiera suelos vinculados con el ámbito de actuación que no hubieran de participar.

Pues bien, una vez calculado de esta forma el número de unidades de aprovechamiento correspondientes a cada finca es cuando resulta posible la inscripción de las mismas, para lo cual no es necesario que se haya aprobado, ni tan siquiera redactado, el Proyecto de reparcelación, bastando a tal fin con que el planeamiento haya establecido con carácter general las magnitudes necesarias para ello, con carácter estructurante, en los términos expuestos.

Por fin, en la fase de redacción y tramitación del Proyecto de reparcelación es cuando cabe igualmente que pueda tomarse conocimiento de circunstancias susceptibles de afectar a la magnitud del aprovechamiento inicialmente calculado en relación con los suelos de origen. Así sucedería, por ejemplo, en el caso de que una más precisa medición de la finca de la que proceda el aprovechamiento implicara una superficie real de aquella superior o inferior a la inicial, o en el de descubrirse la concurrencia de alguna de las circunstancias que, según lo expuesto, pudieran afectar al cálculo del aprovechamiento.

En estos casos procedería la rectificación o el reajuste de las unidades de aprovechamiento ya inscritas en el Registro de la Propiedad, siendo el Proyecto de reparcelación el título idóneo para realizarlo según contempla el artículo 8.1 del RD 1093/1997 al afirmar que será título suficiente para «*la inmatriculación de fincas que carecieren de inscripción y la rectificación de su extensión superficial*»

o de sus linderos o de cualquier otra circunstancia descriptiva, sin necesidad de otro requisito».

Naturalmente, la posibilidad de rectificación de estas circunstancias descriptivas se extiende a las correspondientes a las fincas registrales consistentes en aprovechamiento, como se desprende del juego de los artículos 4 y 5 del mismo RD 1093/1997.

Como se observa, la propia legislación hipotecaria prevé la rectificación del número y características de los derechos de aprovechamiento previamente inscritos, circunstancia que necesariamente ha de partir de la constatación de una inexactitud en la inscripción del aprovechamiento y desemboca en la confirmación de la posibilidad de su inscripción mediante el cálculo inicial realizado en la fase de gestión.

IV. LA INSCRIPCIÓN DEL APROVECHAMIENTO DE LOS BIENES DEMANIALES AL AMPARO DEL ARTÍCULO 39 DEL REAL DECRETO 1093/1997 CON ESPECIAL REFERENCIA AL SUPUESTO DE LA OCUPACIÓN DIRECTA

1. LA ACEPTACIÓN DE LA DETERMINACIÓN DEL APROVECHAMIENTO PARA LA OCUPACIÓN DIRECTA Y SU LÓGICA EXTENSIÓN A LOS SUELOS DEMANIALES QUE SE MANTIENEN

Según quedó señalado al inicio, la Resolución de 25 de mayo de 2021 no pone en duda, sino más bien al contrario, que el supuesto previsto en el artículo 39.2 del RD 1093/1997, el que se refiere a la ocupación directa como modo de obtención de los suelos afectos a redes públicas, constituya uno de los casos en los que el aprovechamiento es susceptible de determinación y, por ello mismo, de inscripción separada, lo que así sostiene frente a los supuestos restantes que si bien no niega²¹ sí dice que participan de una «*natural indeterminación*».

Pues bien, sin perjuicio de la ausencia de argumento alguno justificador del distinto grado de determinación del aprovechamiento que la resolución sostiene respecto de los distintos supuestos previstos por el citado artículo 39, resulta singularmente relevante destacar que si con algún caso resulta próxima la regulación de su número 2 es precisamente con aquel en el que la individualización del aprovechamiento trae causa de la participación en un proceso de gestión de suelos demaniales obtenidos a título oneroso y que fueran objeto de mantenimiento.

Para comprobar que lo anterior es como se dice nada mejor que atender a las notas características de la ocupación directa²² que, de modo esquemático, básicamente serían las siguientes:

a) La ocupación directa es una figura que tiene por objeto la regulación de la obtención de redes públicas de modo anticipado, es decir, en todo caso con carácter previo a la aprobación del Proyecto de reparcelación.

b) Implica el reconocimiento al titular del suelo ocupado del aprovechamiento que en razón de su superficie le ha de corresponder en el ámbito al que se adscriben las indicadas redes.

c) Debe formalizarse en un acta de cuyos extremos habrá de expedirse una certificación a fin de inscribir el aprovechamiento a favor del titular del suelo ocupado en folio registral independiente, así como dicho suelo a favor de la Administración para su afectación al uso al que estuviera vinculado.

d) Habilita al propietario de los suelos ocupados para la aportación de los aprovechamientos que le hubieran sido reconocidos al proceso reparcelatorio al que estuvieran adscritas las redes.

e) Finalmente, la inscripción del Proyecto de reparcelación supone la inscripción de la finca de resultado a favor del propietario en correspondencia con los aprovechamientos por su parte aportados previo su reconocimiento, lo que así ha de tener lugar con la simultánea cancelación del folio o los folios abiertos al aprovechamiento.

Por su parte, el caso particular de los suelos demaniales en realidad puede decirse con suficiente justificación que guarda una curiosa semejanza con la figura de la ocupación directa pues, ciertamente, en ambos casos se daría una plena coincidencia entre la situación de partida de un suelo demanial cuyo aprovechamiento todavía no se hubiera individualizado como objeto de derecho disgregado de la finca con la que se correspondiera y la ocupación directa cuando se contempla en la primera etapa referida a la inscripción de la finca destinada a red pública, es decir, antes de la apertura de folio registral independiente al aprovechamiento.

En otras palabras, el procedimiento correspondiente a la ocupación directa y el tratamiento de los suelos demaniales obtenidos a título oneroso y objeto de mantenimiento en una actuación de urbanización en gran medida puede decirse que circulan por caminos paralelos en cada uno de los cuales se dan dos situaciones perfectamente asimilables entre sí.

La primera sería la referida al suelo destinado a red pública pendiente de inscripción en el caso de la ocupación directa a nombre de la Administración y ya inscrito a su favor en el segundo. La otra sería la referida a los derechos de aprovechamiento para los que la regulación registral de la ocupación directa contempla su inscripción separada y la normativa de patrimonio de las Administraciones públicas su necesaria individualización respecto de los suelos demaniales con vistas igualmente a lo que solamente puede llegar a ser su inscripción también separada dado el mandato legal de que así tenga lugar por tratarse de un derecho de titularidad pública.

En consecuencia, si la resolución no pone en duda la posible inscripción disgregada del aprovechamiento en el caso de la ocupación directa, dada su proximidad con la situación del aprovechamiento procedente de suelos demaniales preexistentes objeto de mantenimiento y obtenidos a título oneroso necesariamente habría de llegarse a idéntica conclusión, si cabe todavía más justificada por el aludido carácter obligatorio de su inscripción según resulta del artículo 36.1 de la LPAP.

2. LA POSIBLE APLICACIÓN DE LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS EN LOS APARTADOS 1 Y 4 DEL REAL DECRETO 1093/1997

El artículo 39.1 y 4 del RD 1093/1997 dispone que la inscripción del aprovechamiento urbanístico como finca especial disgregada del suelo puede tener lugar, respectivamente, cuando lo solicite la Administración respecto del aprovechamiento que le corresponda y, en los sistemas de ejecución privada en los que la urbanización recaiga sobre los particulares, cuando, antes de la aprobación del proyecto de reparcelación, una cuota de valor de tales obras se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero.

En el primer caso, aun cuando el origen del apartado pudiera guardar cierta relación con el aprovechamiento que por ministerio de la ley corresponde a la Administración, nada impide que en el actual contexto normativo su interpretación se sitúe en el marco del régimen resultante de los artículos 36.1 y 190 bis de la LPAP y 119.2 del RPAP y, con ello, que pueda suponer también un relevante punto de apoyo para el acceso al Registro del aprovechamiento urbanístico correspondiente a los suelos demaniales considerados incluso en aquellos supuestos en los que no se hubiera llegado a aprobar el planeamiento de desarrollo por entender que la determinación urbanística en que consiste el aprovechamiento urbanístico corresponde con carácter exclusivo al planeamiento general.

De igual modo cabe entender, por fin, a la vista de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 39 al contemplar la apertura de folio registral independiente al aprovechamiento sujeto a su posterior transmisión, situación que no es difícil pensar que se produzca respecto de los aprovechamientos derivados de los indicados suelos demaniales una vez se accediera a su desafectación según lo dispuesto en el artículo 119.2 del RPAP. En este caso y de acuerdo también con la Resolución de 25 de mayo de 2021, para el acceso del aprovechamiento al Registro de la Propiedad habría de acreditarse la elección de un sistema de gestión privada en el que la ejecución de la urbanización correspondiera a los particulares, las unidades de aprovechamiento de que se tratara y su formalización con carácter previo a la aprobación definitiva del Proyecto de reparcelación.

V. POSIBLES CAUTELAS A ADOPTAR CON MOTIVO DE LA CONCRECIÓN DEL APROVECHAMIENTO

Como se ha indicado, la individualización inicial e inscripción de los aprovechamientos correspondientes a los suelos demaniales no impide que hubiera de reajustarse el número de unidades inicialmente asignadas ante el surgimiento de alguna de las circunstancias ya apuntadas, a cuyo fin una fórmula razonable que cubriera esta incidencia podría consistir en la inclusión en la respectiva certificación acreditativa de determinadas cautelas igualmente susceptibles de acceso al Registro en virtud de su transcripción literal.

La certificación municipal podría dejar constancia de que el cálculo en ella realizado se entiende sin perjuicio de los eventuales ajustes que pudieran resultar del proceso de gestión urbanística y que se harían constar, bien durante el desarrollo de este mediante una nueva certificación municipal con aplicación de las reglas hipotecarias de rectificación de asientos, o bien en virtud de la presentación del propio Proyecto de reparcelación por la vía de la rectificación de las circunstancias descriptivas de las fincas de origen prevista en el artículo 8.1 del RD 1093/1997.

VI. CONCLUSIONES

I. La apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico, que aparece expresamente contemplada en el artículo 39 del RD 1093/1997, exige los pasos previos de su determinación por el planeamiento urbanístico y de su concreción sucesiva en la fase de gestión con anterioridad en todo caso a la aprobación del instrumento reparcelatorio.

II. Así como la determinación del aprovechamiento constituye una operación de alcance general que solo de modo indirecto permite su cuantificación

en relación con los propietarios de suelos incluidos en una actuación de urbanización, su concreción propia de la fase de gestión lleva consigo un ejercicio de mayor detalle en la medida en que, sin perjuicio de su posible ajuste en el Proyecto de reparcelación, se proyecta directamente sobre aquellas fincas concretas de las que derive.

III. La presencia en ámbitos de actuación de suelos demaniales obtenidos a título oneroso y objeto de mantenimiento con motivo del establecimiento de una nueva ordenación, según la LPAP ha de dar lugar a la desafectación de las unidades de aprovechamiento que les correspondan con su consiguiente previa individualización a fin de acceder a una inscripción en el Registro de la Propiedad que legalmente resulta obligatoria.

IV. La Resolución de 25 de mayo de 2021 se ha ocupado de la individualización del aprovechamiento urbanístico para sostener que su acceso registral solo resulta posible en los supuestos tasados del artículo 39 del RD 1093/1997, sosteniendo que así como su determinación es viable en el caso contemplado en el apartado 2 de dicho artículo resulta sin embargo más compleja en los restantes casos.

V. No obstante lo anterior, en el aludido supuesto de suelos demaniales concurren razones fundadas para entender que, pese a que no se encuentre específicamente contemplado por el artículo 39 del RD 1093/1997, con base en sus apartados 1, 2 y 4 y de acuerdo con lo dispuesto en la LPAP y en el RPAP sea sin embargo igualmente posible acceder a una individualización de las unidades de aprovechamiento que le correspondan de tal manera que pueda darse debido cumplimiento a la obligatoriedad de su inscripción.

VI. A tal fin, la acreditación de las unidades de aprovechamiento en cuestión puede quedar sujeta, cuando hubiera razones que así lo justificaran derivadas de la indeterminación de la superficie de los suelos de los que procedieran o de la eventual presencia de bienes demaniales sin derecho a aprovechamiento, a la incorporación de cautelas de las que resultara su sujeción a su fijación definitiva una vez accediera al Registro de la Propiedad el correspondiente Proyecto de reparcelación.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 29 de enero de 2010
- STS de 17 de diciembre de 2013
- STSJ de Madrid de 3 de julio de 1998
- RDGRN de 23 de octubre de 2001
- RDGRN de 11 de noviembre de 2002
- RDGRN de 26 de junio de 2006
- RDGRN de 16 de junio de 2008
- RDGRN de 30 de mayo de 2009
- RDGRN de 14 de junio de 2011
- RDGRN de 30 de abril de 2016
- RDGRN de 22 de junio de 2016
- RDGRN de 17 de marzo de 2017
- RDGRN de 19 de julio de 2018
- RDGSJFP de 25 de mayo de 2021

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- LANZAS MARTÍN, E.P., Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, 1681 a 1693.
- La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 764, 3345 a 3354.
 - Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio. Su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 776, 3171 a 3185.
- LASO BAEZA, V., La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la Resolución de 14 de junio de 2011, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 733, 3027 a 3035.
- Las reservas del aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 761, 1604 a 1615.
 - La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 757, 2997 a 3004.
 - La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 726, 2398 a 2407.
 - La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 744, 2003 a 2014.
- LASO MARTÍNEZ, J.L. y LASO BAEZA, V., *El aprovechamiento urbanístico* (Marcial Pons, año 1995).
- LASO MARTÍNEZ, J.L., Derecho Urbanístico (Tomo III), *La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, capítulo XIV titulado El aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho, Ed. Montecorvo, 1982.

NOTAS

¹ BOE núm. 138, de 10 de junio de 2021.

² Sobre la consideración del aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho puede verse LASO MARTÍNEZ, J.L., Derecho Urbanístico (Tomo III), *La propiedad ante el planeamiento urbanístico*, capítulo XIV titulado *El aprovechamiento urbanístico como objeto de derecho*, Ed. Montecorvo, 1982. LASO MARTÍNEZ, J.L. y LASO BAEZA, V., *El aprovechamiento urbanístico* (Marcial Pons, año 1995). LASO BAEZA, V., La inscripción del aprovechamiento urbanístico y sus alternativas a la vista de la Resolución de 14 de junio de 2011, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 733, 3027 a 3035; Las reservas del aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 761, 1604 a 1615; La transmisión de aprovechamiento urbanístico en las actuaciones sistemáticas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 757, 2997 a 3004. LANZAS MARTÍN, E.P., Requisitos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los aprovechamientos generados por bienes demaniales, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 749, 1681 a 1693; La extensión de las prohibiciones de disponer sobre nuevos contenidos urbanísticos del derecho de propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 764, 3345 a 3354.

³ LANZAS MARTÍN, E.P., Fincas parcialmente incluidas en un ámbito reparcelatorio. Su fraccionamiento y la enajenación de aprovechamientos o cuotas indivisas, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 776, 3171 a 3185.

⁴ Nos referimos a las de 23 de octubre de 2001, 26 de junio de 2006, 30 de mayo de 2009, 14 de junio de 2011, 13 de abril y 22 de julio de 2016, 17 de marzo de 2017 y 11 de junio de 2018.

⁵ Los casos de apertura de folio registral independiente al aprovechamiento urbanístico previstos por el artículo 39 del RD 1093/1997 son los siguientes: a) cuando la Administración solicite que el aprovechamiento que le corresponda se inscriba bajo esta modalidad, como disgregado de la finca o fincas de que procede; b) cuando tenga lugar la ocupación directa de fincas mediante el reconocimiento de unidades de aprovechamiento en los casos previstos por las leyes; c) en los casos de expropiación forzosa de fincas determinadas en los que el justiprecio consista en la atribución posterior de fincas futuras pendientes de formación, y d) en los sistemas de gestión privada en que la ejecución de la urbanización corresponde a los particulares, cuando una cuota de valor de las mismas se haga constar en unidades convencionales de aprovechamiento y se adjudiquen estas a empresas urbanizadoras o se transmitan por cualquier título a tercero, antes de la aprobación definitiva del proyecto de equidistribución correspondiente

⁶ LANZAS MARTÍN, E.P., Fincas parcialmente incluidas..., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 776, 3171 a 3185.

⁷ Resolución de 23 de octubre de 2001.

⁸ Sobre la condición del aprovechamiento como determinación de carácter estructurante puede verse, por ejemplo, su consideración como tal por el artículo 35.2.c de la Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid (LSCM).

⁹ Así, en los apartados 2 y 3.a y b.5.º del artículo 92 de la LSCM.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de julio de 1998.

¹¹ Dice lo siguiente la resolución de 22 de julio de 2016 en relación con las reservas: «por lo que respecta a la inscripción de las reservas el Real Decreto 1093/1997, no las contempla expresamente, pero la mayoría de la doctrina entiende que cabe enmarcarlas en los supuestos en que permite que el aprovechamiento se inscriba como finca especial disgregado del suelo del que procede y mediante apertura de folio independiente en el artículo 39».

¹² LASO BAEZA, V., Las reservas del aprovechamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 761, 1611.

¹³ Así viene establecido por el artículo 119.2 del Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas —RPAP— en relación con los bienes o derechos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos cuando estuvieran incluidos en un ámbito de actuación y no fueran imprescindibles para el cumplimiento de sus fines públicos.

¹⁴ Artículo 8.4.a del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986.

¹⁵ El artículo 190 bis de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone lo siguiente: «Cuando los instrumentos de ordenación territorial y urbanística incluyan en el ámbito de las actuaciones de urbanización o adscriban a ellas terrenos afectados o destinados a usos o servicios públicos de competencia estatal, la Administración General del Estado o los organismos públicos titulares de los mismos que los hayan adquirido por expropiación u otra forma onerosa participarán en la equidistribución de beneficios y cargas en los términos que establezca la legislación sobre ordenación territorial y urbanística». Igualmente, bajo el título «Cálculo de la edificabilidad o del aprovechamiento urbanístico», la disposición transitoria sexta de la LSCM dice lo siguiente: «Los terrenos efectivamente afectos al tiempo de entrada en vigor de la presente Ley a dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos que hubieran sido adquiridos, sea o no en ejecución de Planes de Ordenación Urbanística, mediante expropiación forzosa o por cualquier otro título oneroso, podrán computarse a efectos del cálculo, conforme a esta Ley, de los coeficientes de edificabilidad de los ámbitos de actuación o del aprovechamiento urbanístico unitario de los sectores en los que queden comprendidos. En tal supuesto, los terrenos o solares resultantes en los que deba localizarse el 90 por 100 del aprovechamiento imputable a dichos terrenos o solares, se adjudicarán a la Administración titular de las dotaciones o infraestructuras, equipamientos y servicios públicos. (...)».

¹⁶ Entre otras Sentencias del Tribunal Supremo (29 de enero de 2010 —RJ 2010, 232—, 17 de diciembre de 2013 —RJ 2013, 8474—), resulta a estos efectos de interés la de 16 de

julio de 2008 (*RJ* 2008, 4425), la cual, en relación con unos suelos demaniales preexistentes objeto de mantenimiento a los que se dotó de aprovechamiento en un nuevo instrumento de planeamiento, afirma que, *«al haber así procedido, generando con ello un aprovechamiento, lo que no cabe es sustraerlo a su titular para beneficiarse de él la Administración municipal cuando, como hemos repetido, ese suelo fue adquirido a título oneroso por expropiación»*.

¹⁷ La expresión del aprovechamiento como derivado del suelo responde a un uso en gran medida generalizado que, sin embargo, no se corresponde con la realidad de las cosas desde el momento en que su origen se sitúa única y exclusivamente en el planeamiento urbanístico.

¹⁸ En términos similares a como dispone el artículo 47.3 del Reglamento de Gestión Urbanística, el artículo 20.2.b de la LSCM establece lo siguiente: «Cuando la superficie total de los terrenos con destino o uso públicos y carácter dotacional previamente existentes en la unidad de ejecución sea igual o superior a la que deba resultar de la ejecución del planeamiento urbanístico, se entiende sustituida una por otra, percibiendo la Administración el exceso, si lo hay y en la proporción que corresponda, en terrenos con edificabilidad».

¹⁹ En este sentido es sumamente ilustrativa la redacción del artículo 3.2.10.3.c de las Normas Urbanísticas del Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 17 de abril de 1997, la cual responde justamente al hecho de que desde la fase de planeamiento, especialmente cuando se trata del planeamiento general, sea materialmente imposible el conocimiento preciso de las notas características de cada suelo demanial existente en un ámbito de actuación en orden a su participación o no en los posteriores procesos de equidistribución. Dice así el referido artículo 3.2.10.3.c lo siguiente: *«Cuando en la casilla de Observaciones y Determinaciones Complementarias se fije una edificabilidad máxima en metros cuadrados, esta tendrá carácter vinculante. En estos casos la casilla de Aprovechamiento Tipo aparecerá en blanco, siendo este el que resulte de aplicar la edificabilidad máxima a la superficie del ámbito excluidos los terrenos afectos a dotaciones públicas existentes»*.

²⁰ De acuerdo con ello, el artículo 48.1.c de la LSCM, relativo al planeamiento de desarrollo, responde a esta idea al establecer: *«Para todo suelo edificable se establecerán las precisas condiciones sobre la edificación y sobre la admisibilidad de los usos que sean suficientes para determinar el aprovechamiento de cualquier parcela»*. Las condiciones establecidas por el planeamiento para la determinación del aprovechamiento de cada parcela consisten en la fijación del índice de edificabilidad homogeneizada del ámbito objeto de la actuación, constituyendo una determinación de carácter estructurante de acuerdo con el artículo 35 de la LSCM. En este sentido, el artículo 39.4.c de dicha Ley dispone en su último párrafo: *«El aprovechamiento urbanístico total del sector será el resultante de multiplicar el coeficiente de edificabilidad por la superficie de suelo del sector y de las redes públicas a él adscritas»*. En el caso del suelo urbanizable, el planeamiento determina el aprovechamiento unitario, conforme a los artículos 39.5 y 84.3 de la LSCM, empleándose la misma técnica para el cálculo del número de unidades correspondientes a cada finca del sector de que se trate.

²¹ La resolución llega a afirmar en este punto que el acceso registral del aprovechamiento como finca independiente *«solo será posible en los supuestos tasados reglamentariamente»*.

²² Sobre la ocupación directa, ver LASO BAEZA, V., La ausencia de la ocupación directa en la legislación del Estado y sus consecuencias sobre su inscripción en el Registro de la Propiedad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 726, 2398 a 2407; La constitucionalidad de la regulación de la ocupación directa en la legislación autonómica conforme a la sentencia del Tribunal Constitucional 183/2013, de 23 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* núm. 744, 2003 a 2014.

ACTUALIDAD JURÍDICA

Información de actividades

ANDALUCÍA

Organiza el Colegio de Registradores de la Propiedad y Bienes Muebles de España. Decanato Territorial de Andalucía Occidental, Sevilla 2 de junio de 2021.

JORNADA «LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL PARA EL APOYO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL EJERCICIO DE SU CAPACIDAD JURÍDICA».

Programa:

17:30 h. Presentación a cargo de: Dña. M^a Emilia ADÁN GARCÍA. Decana del Colegio de Registradores.

17:45 h. Exposición a cargo de: D. Guillermo CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA. Catedrático de Derecho civil de la Universidad de Sevilla. *Pautas y principios para interpretar las nuevas reglas sobre capacidad, discapacidad y prohibiciones.*

18:15 h. Exposición a cargo de: D. Tomás JIMÉNEZ VILLANUEVA. Notario de Huelva. *La reforma y el respeto a la autonomía de la voluntad de la Persona con Discapacidad. La Función Notarial.*

19:15 h. Exposición a cargo de: D. Alberto GARCÍA RUIZ DE HUIDOBRO. Director del Servicio de Estudios Registrales de Andalucía Occidental. Registrador de la propiedad de Valverde del Camino. *Aspectos registrales de la reforma.*

19:45 h. Coloquio.

20:00 h. Clausura a cargo de: D. Juan José PRETEL SERRANO. Decano Territorial de Andalucía Occidental. Registrador mercantil de Sevilla.

Moderador: D. José Ángel GALLEGO VEGA. Registrador de la propiedad de Sevilla, N° 6.

MADRID

SEMINARIOS DE LA REVISTA CRÍTICA Y ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL

El día 24 de junio de 2021, en el Colegio de Registradores, se ha celebrado el Seminario de la Revista Crítica y Asociación de Profesores de Derecho Civil titulado, *Cláusulas abusivas en los contratos con consumidores* a través de la plataforma de Microsoft teams, a las 17:00 horas.

Con el siguiente programa:

- «*Declaración de nulidad e integración del contrato sin la cláusula abusiva*». Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA. Catedrática de la Universidad de Murcia y miembro de la Comisión General de Codificación.
- «*Protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas versus protección del derecho de propiedad legalmente adquirido en la ejecución hipotecaria*». Ángel VALERO. Registrador de la propiedad y mercantil.

JORNADA «EL ACCESO A LA VIVIENDA EN LA ESPAÑA 2050».

El día 1 de julio a las 10 a.m. se ha celebrado el webinar.

Co-organizan la Cátedra UNESCO de vivienda URV y el Colegio de Registradores, a través de la plataforma Teams

Con el siguiente programa:

- *Vivienda, municipio y territorio en el proyecto «España 2050»*. Sergio NASARRE AZNAR, catedrático de Derecho civil y director Cátedra UNESCO de vivienda, Universidad Rovira i Virgili.

- *El problema residencial y el reto de la cohesión territorial.* Esther MUNIZ ESPADA, catedrática de Derecho civil, Universidad de Valladolid.
- *La hipoteca tras la Ley 5/2019.* Basilio AGUIRRE FERNÁNDEZ, director del Servicio de Estudios Registrales del Colegio de Registradores.
- *Pasado, presente y ¿futuro? de la VPO.* Diego VIGIL DE QUIÑONES OTERO, registrador de la propiedad y mercantil.
- *Una regulación funcional de los alquileres de vivienda.* Rosa María GARCÍA TERUEL, investigadora postdoctoral, Cátedra UNESCO de vivienda, Universidad Rovira i Virgili.
- *Una regulación del cohousing en Derecho civil.* Héctor SIMÓN MORENO, profesor de Derecho civil, Universidad Rovira i Virgili.

11.15 h. Coloquio con los participantes

MURCIA

Colegio de Registradores de la Propiedad. Decanato Autonómico de la Región de Murcia.

CÁTEDRA EXTRAORDINARIA DE DERECHO REGISTRAL
RAFAEL RIVAS TORRALBA

JORNADA SOBRE PROPIEDAD HORIZONTAL

Jueves, 10 de junio de 2021, 18:00 horas Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia.

Inauguración a cargo de D. Juan ROCA GUILLAMÓN, codirector de la Cátedra y profesor emérito de Derecho civil de la Universidad de Murcia.

Ponencia: «*La propiedad horizontal en la reconstrucción de los edificios. En particular, el caso de Lorca tras el terremoto de 11 de mayo de 2011*», por D. Jorge LÓPEZ FERNÁNDEZ, titular del Registro de la Propiedad número 3 de Lorca.

Ponencia: «*Reciente doctrina del Tribunal Supremo sobre Propiedad Horizontal. Consecuencias registrales*», por D. Antonio SALAS CARCELLER, exmagistrado de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.

Ponencia: «*Situaciones de propiedad horizontal sin título constitutivo*», por D. Joaquín ATAZ LÓPEZ, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Murcia.

Charla-coloquio. Modera: Dña. Silvia DEVORA GUTIÉRREZ, Vocal de Mediación y Conciliación la Junta Autonómica de la Región de Murcia del Colegio de Registradores y titular del Registro de la Propiedad número 2 de La Unión.

Clausura a cargo de D. Juan ROCA GUILLAMÓN.

RECENSIONES BIBLIOGRÁFICAS

DE LA IGLESIA MONJE, Isabel. *El Allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor*. Dykinson, 2021.

por

CRISTINA DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ
Catedrática de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid

Con el descriptivo título «El allegado. Su derecho de relaciones personales (visita, comunicación y estancias) con el menor» se ha publicado la última monografía de la profesora Isabel DE LA IGLESIA MONJE, precedida de un sugerente prólogo del profesor YZQUIERDO TOLSADA, cuya lectura recomiendo.

Publicado por Dykinson, en su colección de monografías de Derecho civil, con una estructura dividida en cuatro grandes capítulos, y con unas conclusiones finales, se inicia el trabajo con un apartado introductorio de aproximación a la figura. Se trata de un estudio documentado, con una extensa bibliografía, y una importante aportación de pronunciamientos de los Tribunales que se van insertando a medida que se desarrollan los diferentes aspectos a tratar y que pretende acercar al lector a una figura, no nueva, pero sí falta de una visión de conjunto y sistemática, propiciada especialmente por la presencia de relaciones familiares cada vez más diversas.

Con una descripción detallada de los diferentes supuestos en los que puede aparecer la persona del allegado, especialmente derivados de la pluralidad de modelos de convivencia existentes en el momento presente, así como de las complejas afinidades a las que dan lugar las técnicas de reproducción asistida, se fija ya que el estudio se detendrá especialmente en el derecho de relaciones personales de los allegados con los menores, intentando crear un estatuto que abarque la protección jurídica, económica y social, tanto del menor como del allegado y la familia, presidido por el principio del interés del menor, el libre desarrollo de su personalidad y su autonomía personal.

— El capítulo primero se dedica al estudio del marco legal del allegado y a la mención de algunas propuestas de reforma del Código. Para ello se aborda con carácter previo un análisis de la normativa que a lo largo de los últimos años se ha ocupado de particularizar los derechos que asisten a los menores, especialmente derivada de Convenios y Tratados Internacionales, que van destacando la trascendencia del derecho del menor a mantener relaciones personales, no solo con sus padres, sino con otros sujetos. Se contiene una exposición de las modificaciones del Código civil, así como de la jurisprudencia europea que se ha ocupado de la materia, y de la presencia del círculo social del menor en otros ámbitos, como, especialmente, el sanitario.

El capítulo concluye con una detallada exposición de los ordenamientos autonómicos, fundamentalmente el de Cataluña, en el que su Código permite incluso atribuir la guarda al cónyuge o pareja del progenitor difunto. Tales derechos de custodia, explorados en derechos del norte de Europa desde hace tiempo, presentan, sin duda, una serie de ventajas para el menor que se ha integrado plenamente en una relación familiar que podría llegar a perder mediante el establecimiento de una tutela a favor de otros parientes.

La confrontación de los diferentes marcos legales lleva a la autora a reclamar una modificación de algunos preceptos del Código con el fin de atribuir al allegado una serie de derechos, llegando incluso a proponer la inclusión de una norma que concrete con claridad «el distinto perfil del allegado», «la garantía de su efectividad», «la extensión», «la posible convivencia del menor con un guardador», «el seguimiento, vigilancia y control de la efectividad de las medidas por el Ministerio Fiscal y por el juez», y «la posible delegación de la custodia del menor». Con sus concretas propuestas manifiesta la profesora DE LA IGLESIA su intención de suscitar un debate abierto sobre todas y cada una de estas cuestiones para adaptar el estatuto del allegado a los cambios que se vayan produciendo.

— En el capítulo segundo se afronta la elaboración de una teoría sobre el concepto del allegado, su naturaleza jurídica y su vinculación con la familia; así como una diferenciación de los parientes afines. Tras una primera aproximación al concepto adelanta la autora una definición como «persona que se halla en el círculo o entorno social del menor», formando una auténtica red social sobre la que asentar unas relaciones personales garantistas. De las notas que podrían servir para caracterizar la figura se señala especialmente, aparte de la relación personal y la convivencia, una función asistencial, un referente en la socialización del menor, la presencia de una institución jurídica cuasi familiar (extremo que se deduce del tratamiento de la materia por los Tribunales europeos), así como la constatación de una red activa cooperadora.

Se ocupa la profesora DE LA IGLESIA de plantear las posibles diferencias con el concepto de afinidad, más afianzado en los ordenamientos, analizando una rica casuística sobre posibles situaciones reales que además proporcionan el marco para observar que se trata de realidades cambiantes, pasando, por ejemplo, de ser progenitor a ser allegado en los casos en que prosperen los procedimientos de impugnación de la filiación, o a alejarse, acercarse o mantenerse en el círculo de las relaciones con el menor según la realidad que acompañe a rupturas matrimoniales. Las diferentes posibilidades de relación y sus vicisitudes, especialmente en el caso de familias ensambladas, darían lugar, en términos textuales de la autora a tres grupos diferentes, que se van abordando sucesivamente destacando sus particularidades:

— «Aquellos en los que existe la figura paterna o materna, con o sin patria potestad, donde surge la *figura del allegado como tercero no pariente* que se encuentra dentro del círculo social convivencial del menor y a quien se le dota de la posibilidad de continuar manteniendo comunicación, relación y visitas con el mismo.

— Aquellos en los que puede que haya padres, y tutor y con quien conviva el niño sea el allegado que ejerce funciones de *guardador*.

— Y, aquellos, en donde no existe ni figura materna ni paterna y los allegados son los responsables directos del menor y actúan como *tutores y guardadores del mismo*».

— El capítulo tercero se ocupa del derecho de relaciones personales otorgado a los allegados. Derecho de relaciones que abarca situaciones como las visitas, las propias relaciones personales y la comunicación. Como se reconoce desde el principio del trabajo es esencial el análisis de la casuística, lo que, a falta de acuerdos voluntarios, le corresponderá al juez, quien deberá estudiar cada uno de los casos a resolver.

Tras un detallado análisis sobre las diversas posiciones doctrinales formuladas en cuanto a la naturaleza que podría atribuirse al derecho de relaciones personales, se estima por la autora tratarse de un derecho personal, de carácter familiar que asistiría a ambos sujetos (el menor y el allegado), de tipo compartido o bidireccional; relativo, en el aspecto de estar supeditado a circunstancias concretas; atribuible a diferentes personas; de eficacia temporal; y carácter variable, entre otras notas propias. Dentro de su contenido dedica una especial atención al interés del menor como criterio prioritario que preside cualquier interpretación o aplicación de los derechos del menor. A la hora de detallar el ejercicio del derecho destaca la presencia de terceras personas, como son los progenitores, que se consideran igualmente implicados en el ejercicio del derecho de relación personal, quienes no deben obstruir el ejercicio del mencionado derecho.

La postura del menor, como titular de este derecho, se aborda con detenimiento atendiendo, nuevamente, a la casuística y a las diversas situaciones en que puede encontrarse, tanto desde el punto de vista de su edad y situación personal, como de la sujeción a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento, lo que obliga al juez a tener que detenerse en la observación de todas esas realidades. Precisamente el capítulo continúa con una descripción del proceder que corresponde a la autoridad judicial.

A la hora de estudiar el nacimiento de este derecho, cuyo origen tan solo se contempla por el legislador mediante resolución judicial, aborda la autora su posible establecimiento mediante pactos con diferentes sujetos según la casuística propia de la situación, teniendo en cuenta los límites que afectan a las decisiones de las partes y el alcance de su poder de regulación, especialmente cuando se adoptan decisiones con carácter previo.

— El capítulo cuarto, el más extenso de la monografía, se dedica al contenido de este derecho de relación, desarrollando el conjunto de derechos y obligaciones del mismo, según la perspectiva de cada una de las personas presentes (allegados, menores y progenitores). Se analiza, como si dijéramos, la vida o vicisitudes de este derecho a lo largo de su extensión temporal (como su modificación, denegación, suspensión o extinción), así como su contenido propio.

Es en la parte correspondiente al allegado donde se despliega la mayor parte del contenido del derecho de relación, englobando tanto obligaciones de carácter personal, de cuidado, afectividad, educación, etc., como de contenido económico o asistencial apropiados a las relaciones presentes. Con una destacada visión práctica, evidenciada por un importante aporte jurisprudencial, y con la ayuda de lo resuelto en ordenamientos autonómicos, la autora va desgranando cómo el derecho se ve condicionado atendiendo a la situación en la que se encuentre el menor, variando en los supuestos de relaciones especiales, como la guarda de hecho, el acogimiento, o incluso los casos en los que el allegado es curador o defensor judicial del menor. Como parte del contenido se recoge en el libro la posible responsabilidad del allegado por los actos cometidos por el menor (incluso tipificados penalmente), especialmente cuando el mencionado allegado tiene

la consideración de guardador, analizando los presupuestos de los que pudiera derivar esta responsabilidad.

De la observación de este derecho se contempla también la hipótesis de negativa de las relaciones adoptada por parte de los Tribunales, atendiendo a la solicitud de las diferentes personas que quedan implicadas en el ejercicio del derecho.

— La monografía termina con unas conclusiones en las que se lleva a cabo una síntesis de los diferentes argumentos, identificación de problemas y posibles soluciones, descripción del estado de la cuestión, y propuestas *de lege ferenda* en las que la autora confirma lo que ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del libro, con la intención de dotar de un estatuto jurídico al derecho de relación personal entre menor y allegado. Resumiendo el significado de la investigación querría cerrar con la siguiente cita textual: «Estamos ante una institución nueva, presente en nuestra realidad social y jurídica, que hay que equilibrar con la protección jurídica, económica y social del menor, y de la familia actual en sus diversas modalidades, donde debe primar el interés superior del menor, el principio del libre desarrollo de su personalidad y su autonomía personal».

Desde luego, el libro presenta un estudio de una materia de máxima actualidad, y reclamada de un tratamiento homogéneo y sistemático. Los nuevos modelos familiares que vienen proliferando en la sociedad actual, junto con la notable extensión de la presencia de familias reconstituidas exige delimitar, en la medida de lo posible, el concepto de allegados, que aquí se circunscribe a la cuestión de las relaciones personales, pero que, sin duda, en el futuro irá teniendo consideración en otro tipo de derechos, como puedan incluso ser los sucesorios siguiendo la inspiración de países en los que ya se tiene en cuenta esa realidad.

El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad. Pedro BOTELLO HERMOSA, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2021, 188 páginas.

por

ANA M.^a PÉREZ VALLEJO
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Almería

Quienes nos dedicamos al estudio del Derecho no podemos mirar hacia otro lado ante la realidad cotidiana a la que se enfrenta una parte de la ciudadanía que, por su vulnerabilidad, tiene serias dificultades para disfrutar de sus derechos en igualdad de condiciones que los demás.

El derecho a una vivienda digna y adecuada está consagrado en diversos Tratados internacionales, como el Pacto Internacional de los Derechos Sociales Económicos y Culturales, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, así como en el artículo 47 de nuestra Constitución española. Es, además, uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030.

Las personas con discapacidad experimentan quiebras sustanciales en el goce del derecho a tener un hogar que les permita ejercer su autonomía personal

y llevar una vida independiente. Este colectivo registra un índice de pobreza de un 70% superior a la media, lo que es debido, en gran parte, a las escasas oportunidades de acceder al mercado laboral, lo que lo coloca en una situación de discriminación y exclusión social. Nadie, por razón de discapacidad, debe quedar excluido del derecho constitucional a una vivienda digna y adecuada, una necesidad social básica para cualquier ciudadano que debe ser debidamente garantizada.

Con pingües ingresos económicos y cuantiosos gastos que afrontar por razón de la discapacidad, el acceso a la vivienda a través de la compraventa o el arrendamiento resulta harto difícil. Ante esta realidad y en búsqueda de otras alternativas, Pedro BOTELLO HERMOSA, autor de la obra, centra su atención en una solución habitacional creada por el legislador español en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, la cual dio nueva redacción al artículo 822 de nuestro Código civil. En dicho precepto se aprecia un derecho de habitación a favor de un legitimario que tenga reconocido un grado de discapacidad psíquica igual o superior al 33% o bien física o sensorial igual o superior al 65%. Tal derecho habitacional presenta dos modalidades, una de origen voluntario al constituirse mediante donación o legado testamentario y otra nacida por ministerio de la ley aunque no de creación automática pues su constitución ha de ser interesada por el beneficiario. Ninguna de las dos se computa en el cálculo de la legítima del habitacionista, ventaja esta que hace de este derecho real un mecanismo jurídico de suma utilidad para satisfacer la necesidad básica de vivienda del familiar con discapacidad.

Antes de dar comienzo al análisis pormenorizado del contenido de la obra realizaré algunas consideraciones que avalan la solidez científica de este trabajo y de las reflexiones y propuestas vertidas en él. En primer lugar, el Dr. Pedro BOTELLO HERMOSA, profesor de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, cuenta con una sólida trayectoria investigadora en materia de discapacidad, la cual inició con su Tesis Doctoral titulada *«La sustitución fideicomisaria. Resurgimiento de una de las figuras más importantes del Derecho Sucesorio Español como forma de protección patrimonial de los incapacitados judicialmente»*, la cual fue galardonada con el Premio extraordinario de Doctorado de la Universidad de Sevilla. En segundo lugar, el hecho de que la obra es el producto científico de un proyecto de investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación financiado dentro del Plan Nacional I+D+i, en concreto, el Proyecto PID2019-105489RB-I00, «Vulnerabilidad Patrimonial y Personal: retos jurídicos», del que son investigadoras responsables las profesoras M.^a Victoria MAYOR DEL HOYO y Sofía DE SALAS MURILLO, así como del Grupo de investigación PAIDI (SEJ 617) «Nuevas Dinámicas del Derecho Privado Español y Comparado», del que es responsable la profesora Inmaculada VIVAS TESÓN.

El autor estructura, de una manera lógica y clara, su estudio monográfico, el cual se articula en tres capítulos.

El primer capítulo acerca al lector al derecho de habitación, un derecho real limitado de goce que nuestro Código civil regula junto a los de uso y habitación, tres derechos diferentes que, no obstante, en ocasiones suelen ser confundidos, razón por la cual se procede a señalar las similitudes y desemejanzas existentes entre ellos.

El capítulo segundo es, sin lugar a dudas, la parte medular de la obra. En ella el profesor BOTELLO HERMOSA realiza un análisis crítico del derecho real de habitación introducido por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, norma que el autor considera un avance importante

porque abre espacios de libertad en el entorno jurídico de la persona con discapacidad, sobre todo, en el ámbito patrimonial.

Con carácter previo, se realiza un breve apunte de las reformas que dicha norma acometió en el Derecho sucesorio español, singularmente, la causa de indignidad sucesoria por no prestarse las atenciones debidas durante su vida a una persona con discapacidad, la posibilidad de gravar la legítima estricta con una sustitución fideicomisaria a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado, la dispensa de colación de los gastos realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades de sus hijos o descendientes con discapacidad, así como las facultades concedidas por el testador a favor del cónyuge supérstite para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que, en opinión del profesor BOTELLO, constituye una figura de protección patrimonial «indirecta» de las personas con discapacidad.

A continuación, se estudia pormenorizadamente el artículo 822 del Código civil y el derecho de habitación «extraordinario» que en él se contempla en sus dos modalidades, la voluntaria y la legal. Se desgranán los requisitos comunes tanto al derecho de habitación del legitimario con discapacidad constituido por voluntad del causante como por ministerio de la ley, el inmueble objeto del mismo, la convivencia exigida entre la persona con discapacidad y el propietario del inmueble, la tangibilidad cuantitativa de la legítima a través del derecho de habitación extraordinario, su contenido y sus causas de extinción.

La deficiente y escasa redacción del artículo 822 del Código civil llevaría, inevitablemente, a pensar que será oportunamente enmendada por el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, una iniciativa legislativa de enorme calado muy esperada desde hace muchos años, que el Consejo de Ministros aprobó el 17 de julio de 2020 remitir a las Cortes generales. Sin embargo, como señala el profesor BOTELLO HERMOSA en el tercer capítulo de su obra, si bien el legislador aprovecha la ocasión para modificar la redacción del citado precepto, se limita, de forma incomprensible, a sustituir el término «persona con discapacidad» por el de «persona con discapacidad física, psíquica o sensorial» como posibles beneficiarios del derecho de habitación, de modo que no se disipan las dudas e interrogantes que suscita su texto actual. Ante ello, el autor, buen conocedor de la materia, propone las modificaciones que, en su opinión, debería afrontar el legislador y que, tal vez, pudieran aún ser tenidas en cuenta en la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley.

Por último, realiza un interesante planteamiento en relación al derecho de habitación de origen legal, dado que no es de creación automática sino que exige un acto expreso de constitución por parte del beneficiario, quien, en concreto, es un legitimario con discapacidad. Así las cosas, podría darse el caso de que, aun cumpliendo los requisitos para convertirse en habitacionista, podría verse privado del derecho de habitación que legalmente le corresponde si no exige en tiempo su preceptiva constitución. Para evitarlo, Pedro BOTELLO HERMOSA se centra en la importancia que alcanza la fase de actuación notarial previa al otorgamiento de un documento público y, a semejanza de lo previsto por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario en aras de la protección de los derechos del consumidor, propone que en aquellas herencias en las que el causante conviviese con un legitimario con discapacidad, el notario, antes de proceder a la firma de la aceptación hereditaria, quede obli-

gado a acreditar con un acta notarial que informó previamente al beneficiario del derecho de habitación que le corresponde por disposición de la ley en caso de necesitarlo, así como de la exclusión de su valor en el cómputo de la legítima. Como afirma el autor, «con la inclusión de dicha medida se daría más sentido a una institución jurídica tan importante».

En esta monografía se detecta, con suma facilidad, el compromiso que los operadores jurídicos tenemos con la sociedad presente y futura, así como con sus ciudadanos en la garantía de sus derechos y libertades fundamentales. Los juristas de hoy tenemos una misión generacional que cumplir, de agradecimiento a la generación que nos precede y de legado para la siguiente. De este modo, la voz jurídica de Pedro BOTELLO HERMOSA, a través de sus posibles respuestas a interrogantes y de sus valientes propuestas al legislador para llevar a cabo los cambios que la realidad reclama reconforta a quienes creemos en la igualdad jurídica de todas las personas, también de los cuatro millones de españoles que, por razón de su discapacidad, viven en condiciones socialmente desfavorecidas.

Quiero acabar esta recensión con mi felicitación a su autor por un trabajo bien hecho, cuya lectura y detenido examen recomiendo por ser un referente y valiosa aportación en una temática especialmente sensible que supone un avance del conocimiento y saca a la luz una concreta problemática que enfrentan las personas con discapacidad.

Sistemas privados de información crediticia. Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable, Estudios Jurídicos de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021 (421 págs. incluyendo Bibliografía y jurisprudencia), de M.^a Dolores MAS BADÍA

por

INMACULADA HERBOSA MARTÍNEZ
Profesora titular de Derecho civil
Universidad de Deusto

1. INTRODUCCIÓN

La monografía publicada por la profesora MAS BADÍA en fechas muy recientes (el ejemplar que he manejado llegó a mis manos cuando la obra llevaba dos días en el mercado) fue elegida con el propósito —difícil de lograr— de encontrar respuestas a algunos de los muchos interrogantes que plantean los sistemas privados de información crediticia en general y el deseo de llegar a alguna conclusión clara sobre cuáles son los límites para su implementación en la regulación actual y las implicaciones legales que supone su utilización. La lectura de otros trabajos previos de la autora sobre el tema y el reconocimiento público de esta monografía que mereció el premio *Estudios jurídicos* de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación, en su IV edición concedido por unanimidad (al que se hace referencia en el prólogo del profesor BLASCO GASCÓ), eran indicios suficientes de la calidad del trabajo, expectativas que, en honor de la verdad, he decir que resultaron completamente colmadas tras su lectura.

El tema sobre el que versa el libro que es objeto de recensión «Sistemas privados de información crediticia» es uno de los que hace años me vienen interesando por la imbricación directa con otros mecanismos de prevención de insolvencia de las personas físicas (empresarios o no) en los que he tenido ocasión de trabajar y de los que aquel es un complemento imprescindible. Como advierte la autora, del acierto en la valoración de la solvencia del deudor (a la que en última instancia sirven los sistemas de información crediticia) depende que no se generen pérdidas para las entidades concedentes de crédito (y por ende la existencia de un mercado de crédito estable y saneado al que puedan acceder quien necesita obtener financiación) pero también que se impidan indeseables situaciones de exclusión financiera o de sobreendeudamiento excesivo perniciosas para el deudor (que, en su caso puedan desembocar en insolvencia) y para el interés general¹.

Dicho de otro modo, si el sobreendeudamiento es la causa del incumplimiento del deudor, es de suponer que una adecuada valoración del riesgo asumido por el acreedor impedirá una concesión excesiva de crédito que, a su vez, evitará que el deudor incurra en un incumplimiento generalizado de sus obligaciones y, en última instancia redundará en beneficio del sistema financiero.

La relación entre los sistemas de información crediticia y la valoración de la solvencia es evidente: estos sistemas son una de las principales fuentes de información sobre solvencia de las que se puede servir el prestamista. Ciertamente la mera comunicación y/o consulta de datos sobre el crédito no bastan para que dicho sujeto pueda cumplir con su obligación de evaluar la solvencia del cliente (algo que en el caso de que aquel se limite a la mera comunicación de estos datos deberá hacer con carácter previo), aunque es evidente que un correcto diseño y funcionamiento de estos sistemas constituyen una pieza fundamental del tratamiento legal de una concesión de «crédito responsable» (noción que introducen algunas normas sectoriales a las que después nos referimos).

La utilidad teórica de los sistemas privados de información crediticia, que en la práctica solo funcionan en España como sistemas negativos, se intuye fácilmente: la mera consulta de estos puede abortar la posibilidad de obtener crédito de un deudor que protagonizó incumplimientos pasados. Ciertamente es que con mayor dosis de certeza se conocen los posibles riesgos y excesos que resultan de la aplicación de estos sistemas (desde la «molesta» aparición en ficheros de morosos hasta indeseables situaciones de exclusión financiera o deterioro injustificado de la reputación crediticia), que incluso cuando el uso de los datos se realiza en ámbitos diferentes al mercado de crédito se pueden utilizar con fines para los que no fueron tratados (vgr. mediante su utilización por empleadores). Las dificultades, en teoría, se incrementan con los llamados sistemas de información positivos (que incorporan datos positivos de solvencia), ya que al ser el tipo de información que se comparte más amplia, será necesario precisar cuál ha de ser el contenido, cantidad y calidad de la información compartida. Pero, a pesar de esta realidad, no por ello se puede —ni se debe— renunciar a uno de los instrumentos más valiosos para obtener información sobre solvencia de los que puede servirse el prestamista; sobre todo, los llamados sistemas mixtos, cuyas ventajas, como se explica en la obra, compensan con creces las dificultades apuntadas (como lo demuestra el carácter mixto de la CIRBE). Parafraseando la cita que realiza la autora de la obra «La segunda era de las máquinas», no podemos sacar el martillo y acabar con estos instrumentos, ya que, como sucede con otras nuevas realidades, son muchas las oportunidades que generan, aunque también se acentúen los riesgos².

II. LOS SISTEMAS PRIVADOS DE INFORMACIÓN CREDITICIA. FACTORES QUE EXPLICAN SU CREACIÓN Y REGULACIÓN POSITIVA

En la monografía que es objeto de recensión se hace un estudio exhaustivo de los sistemas privados de información crediticia en general y, en particular sobre su regulación en el ordenamiento jurídico español, tanto los llamados sistemas de información negativa (con toda seguridad su manifestación más conocida, los llamados registros o ficheros de impagados o de morosos) como los de información positiva (es decir, sobre aspectos relacionados con la solvencia de quien quiere acceder al crédito).

Los sistemas privados de información crediticia, que es uno de los principales instrumentos de los que se nutren los concedentes de crédito para la valoración de la solvencia, de manera más o menos sofisticada han existido siempre. ¿Qué ha llevado al legislador a su incorporación a leyes que regulan el Derecho privado? Descartando que esto sea solo una consecuencia del esfuerzo —o «manía»— de legislar sobre cualquier aspecto, este es uno de los primeros interrogantes que surgen al reflexionar sobre el tema.

Los factores concretos que explican la nueva regulación de los sistemas de información crediticia en España son objeto de explicación cumplida por la profesora MAS BADÍA en su introducción³. Pero por encima de todos ellos, interesa resaltar, como hace la autora, que, frente a otros planteamientos más economicistas (como el estadounidense), la regulación europea nace ligada a la protección de los derechos fundamentales del deudor, como el derecho al honor y, sobre todo, el derecho a la protección de los datos de carácter personal.

De acuerdo con ello, en España la regulación básica de los sistemas de información crediticia ha tenido lugar en las sucesivas Leyes Orgánicas de protección de datos, que han venido regulando de manera específica el tratamiento de los datos personales sobre solvencia hasta la vigente Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDGD). Esta última Ley se dicta en desarrollo del Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, RGPD). Es sabido, aunque conviene recordarlo, que este Reglamento delegó en el legislador nacional la regulación de los sistemas de información crediticia, lo que ha dado lugar a una gran diversidad entre los diferentes sistemas de los Estados miembros, que subsiste hasta la actualidad. Todo ello, como justificadamente reprocha la autora, en contra de la filosofía que informó la utilización de un reglamento de aplicación directa en lugar de una directiva para avanzar en la homogeneización de los ordenamientos de los diferentes Estados.

En paralelo, la regulación sobre sistemas privados de información crediticia en España está ligada a las exigencias específicas de transparencia y de protección del cliente de servicios bancarios, que es el sector en el que comienza a elaborarse la noción de «préstamo responsable»⁴. Esta misma exigencia se reitera en otras normas de protección del consumidor (y, en su caso, del trabajador autónomo) en las que también se introducen referencias concretas a los sistemas privados de información crediticia. Es el caso de los artículos 14 y 15 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo (en adelante, LCCC) y después la LCCI a la que ya nos hemos referido, que introduce novedades importantes para los contratos comprendidos en su ámbito de aplicación (cuya disposición adicional duodécima hace extensiva a los contratos de crédito al consumo comprendidos en la LCCC).

III. IDEAS CENTRALES Y ESTRUCTURA DEL TRABAJO

El trabajo realizado por la profesora MAS BADÍA gira en torno a una idea central o clave, a saber, que existe una relación —inevitable— entre los sistemas de información crediticia y la necesidad de proteger los derechos fundamentales del afectado (derecho al honor y derecho a la protección de los datos personales), razón por la que el estudio se ciñe al tratamiento de los datos personales sobre solvencia de las personas físicas (aunque es sabido que estos sistema también pueden tratar información relacionada con las personas jurídicas).

La relación entre los sistemas privados de información crediticia y la protección de los derechos fundamentales del deudor es tan fácil de explicar como difícil de cohonestar; debido a la tensión —inevitable— entre el deseo de establecer un buen sistema de información crediticia, con un nivel de cantidad y calidad de información elevado, que sea un instrumento efectivo para la concesión de «préstamo responsable», y la necesidad de proteger los datos personales del deudor; tensión que tiene un claro reflejo en el subtítulo en el que se concreta el título de la monografía («Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable»). Mientras que en el modelo anglosajón (fundamentalmente EEUU) la pérdida de privacidad parece considerarse un mal menor para gozar de las ventajas que presenta un sistema de información crediticio generoso, en Europa, en general, a pesar de que no existe un modelo único, la regulación es más restrictiva en la circulación de la información.

Al hilo de esta idea cabe interrogarse sobre un buen número de cuestiones y problemas, de cuyo correcto planteamiento depende poder llegar a conocer en su verdadera dimensión la interacción entre los llamados sistemas de información crediticia y los derechos fundamentales del deudor que pueden resultar afectados por el tratamiento de los datos personales de solvencia. En ello acierta la profesora MAS BADÍA, ya que sin huir de consideraciones dogmáticas, que las hay y de calado en su obra, intuye dónde pueden surgir las dificultades y sabe dónde poner el acento para que la obra sea de verdadera utilidad al lector interesado en encontrar respuestas o soluciones a sus problemas, sin tener que renunciar para ello a un tratamiento profundo y riguroso de la materia.

La autora identifica como cuestiones claves dos aspectos fundamentales que afectan al nervio de estos sistemas. La primera es la determinación y el análisis de las bases jurídicas para el tratamiento de los datos personales de solvencia (positivos y negativos). Esta idea subyace a todos los contenidos que se desarrollan en los capítulos 2, 3, 4, 5 y 7 de la obra (en este último se tratan las especialidades que implican las decisiones automatizadas y el uso de estos datos en ámbitos diferentes al mercado de crédito). La segunda idea es el régimen de responsabilidades de los sujetos involucrados en el tratamiento y utilización de los datos personales en los sistemas de información crediticia; fundamentalmente la responsabilidad derivada del tratamiento indebido de los datos (al que se dedica el capítulo 6) pero también la que deriva del incumplimiento de la obligación de utilizar o solicitar informe de estas entidades (que es objeto de estudio en un apartado específico en el capítulo 4).

1. Bases jurídicas para el tratamiento de los datos personales de solvencia. El tránsito de los «ficheros de morosos» a los sistemas positivos o mixtos

Desde un punto de vista de *lege ferenda*, la cuestión principal (a la que se dedica un mayor número de capítulos) es si, a la hora de diseñar un modelo para los sis-

temas de información positiva, se requiere el consentimiento del afectado (en este caso del deudor) o es suficiente que concurra un interés legítimo del responsable del tratamiento. La opción por uno u otro modelo condiciona decisivamente la eficacia de los sistemas de información crediticia, ya que la exigencia del consentimiento del deudor para el tratamiento de los datos de solvencia impediría su operatividad, y por ello se privaría al prestamista de un instrumento muy útil para recabar información y poder cumplir con la obligación de evaluar la solvencia. En la monografía se explica de forma clara cuál ha sido la evolución en nuestro ordenamiento: desde la tradicional configuración de estos sistemas hasta las nuevas posibilidades que ofrece la regulación vigente, aunque quizás, como vaticina la autora, esta no sea suficiente para romper de manera definitiva con aquella.

De entrada, la autora defiende —con argumentos sólidos y bien elaborados— una postura favorable a los sistemas de información crediticia comprensivos tanto de datos negativos (lo que viene siendo tradicional en Derecho español) como positivos de solvencia, debido a los servicios que prestan no solo a los operadores del mercado sino también al interés general y, bajo determinadas circunstancias, a los llamados «buenos deudores». El estudio realizado, por tanto, no se centra en decidir si deben existir o no este tipo de instrumentos sino en trazar las líneas maestras para el diseño de un estatuto jurídico eficaz que atienda de manera equilibrada a los diferentes intereses implicados (que se analizan con detalle en el capítulo I). A estos efectos, resalta la importancia de fijar con claridad los límites que este tipo de instrumentos deben respetar para interferir en la medida justa en los derechos fundamentales del interesado. Y con este fin propone una ponderación de los intereses en juego atendiendo al principio de proporcionalidad, al objeto de determinar cuál ha de ser prevalente, si bien esta ponderación no puede realizarla con carácter absoluto el legislador, sino que han de efectuarla, en un primer momento, los responsables del tratamiento, con sujeción al control judicial.

Este razonamiento teórico se relaciona en el trabajo con la idea que informa una de las bases jurídica del tratamiento de datos personales que más relevancia tiene en el ámbito de los sistemas privados de información crediticia, que es el interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero prevalente sobre el del interesado (en nuestro caso, el deudor), que ahora contempla el artículo 6.1.f RGPD, pues, en definitiva, se trata de apreciar, ponderando los intereses en juego, cuál es el prevalente. En definitiva, la licitud del sistema se hace depender de si existe o no un interés legítimo a favor de los acreedores o de la estabilidad del mercado de crédito, preferente al del deudor afectado, lo que justificaría, a juicio de la autora, el tratamiento de datos positivos de solvencia (y no solo negativos) sin el consentimiento del deudor.

Conviene resaltar que la profesora MAS BADÍA ya mantenía esta interpretación al amparo de la anterior regulación, avanzando una hipótesis que, con matices, considera confirmada en el planteamiento del actual: que el legislador había procedido a la ponderación de los intereses en juego decidiendo cuál es el prevalente en función de que los datos de solvencia sean positivos o negativos. Ya entonces, y sobre esta misma base, defendía la posibilidad de tratar los datos positivos de solvencia sin necesidad del consentimiento del afectado, siempre que existiera un interés legítimo para ello y se cumplieran todas las exigencias y garantías legales. Contradecía con ello la llamada tesis tradicional u oficial, por la que se exigía que el deudor hubiera prestado su consentimiento para el tratamiento de los datos y así lo hubiese expresado con claridad *ex* artículo 29 LO 17/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (son meritorios los trabajos previos en los que, rompiendo la inercia de la tradición,

defiende, junto a un sector minoritario de la doctrina, una solución distinta, apurando las escasas posibilidades que ofrecía el precepto citado y atendiendo a una interpretación sistemática o teleológica de este),

Siguiendo la senda iniciada en estos trabajos, la autora considera que, al haberse suprimido la exigencia de que concurra el consentimiento del afectado para el tratamiento de los datos positivos, se halla completamente abierta la vía para el tratamiento de estos datos a partir de otras bases jurídicas, como la concurrencia de un interés legítimo prevalente. No obstante, se lamenta de que el legislador no haya dado el paso de equiparar el tratamiento legal de los datos positivos y negativos (no se contempla legalmente ninguna presunción de que existe un interés legítimo para los primeros) y de que con ello se prolongue la tradicional discriminación entre el tratamiento de una y otra clase de datos (positivos y negativos). En la regulación actual la discriminación se cifra en presumir la licitud del tratamiento de los datos sobre incumplimiento (datos negativos), a partir de la presunción de que existe un interés legítimo que prevalece sobre los derechos fundamentales del afectado cuando concurren ciertos requisitos (salvo cumplida prueba en contrario) *ex* artículo 20 LO 3/2018, y no hacer lo propio con los datos positivos de solvencia. Por esta razón concluye que la regulación vigente es insuficiente para «desbloquear» la creación de ficheros privados de solvencia de tipo positivo en España y vencer la inercia de la exigencia del consentimiento para el tratamiento de estos datos. El posible freno para el desarrollo de los sistemas positivos o mixtos de solvencia no es ahora el de su ilicitud sino la falta de una presunción de licitud similar a la que se establece en relación al tratamiento de los datos negativos.

Las ideas anteriormente expuestas son objeto de un desarrollo pormenorizado y exhaustivo en los capítulos II, III y IV.

Sobre el fundamento y alcance de la presunción de licitud de los datos personales relativos al incumplimiento (datos negativos) de obligaciones financieras, dinerarias o de crédito en la regulación vigente se reflexiona en el capítulo V. A estos efectos, se analizan los requisitos que sustentan la presunción legal, poniendo de manifiesto que no todos tienen la misma naturaleza ni producen las mismas consecuencias. Sobre esta base, la autora distingue dos tipos de exigencias: aquellas que son plasmación de principios rectores del tratamiento de datos personales *ex* artículo 5 RGPD (que operan con independencia de cuál sea la base jurídica del tratamiento) y aquellos en los que se basa la presunta existencia de un interés legítimo del responsable del tratamiento (o de un tercero) prevalente sobre los derechos del afectado en el que se funda la presunción de licitud, de manera que, aunque estos últimos requisitos fallen o no se cumplan, el tratamiento puede ser lícito en caso de que confluya alguna base jurídica que lo sustente (aunque deberá ser objeto de prueba por el responsable del tratamiento). Esta distinción, que no suele hacerse por la doctrina, facilita la aplicación de la presunción y, en concreto, la posibilidad del tratamiento de los datos negativos de solvencia aunque no se cumplan algunos de los requisitos legales en que se sustenta aquella (presupuesto el cumplimiento de aquellos que son, en cualquier caso, requisitos de validez del tratamiento).

2. Exigencia de bases legales específicas para el tratamiento de los datos de solvencia: decisiones automatizadas y en ámbitos diferentes al mercado de crédito

En un capítulo independiente (capítulo 7 y último de la obra) se explica, de una parte, cómo el riesgo para los derechos fundamentales del individuo

se acentúa en aquellos sectores en los que se utilizan elaboración de perfiles y decisiones automatizadas (en especial para los colectivos vulnerables) y cómo el RGPD ha intentado controlar el impacto de estos tratamientos mediante algunas normas distribuidas en su articulado. De otra parte, se explicita la necesidad de que la base jurídica para el tratamiento sea distinta en el caso de que los datos sobre solvencia se usen en ámbitos diferentes al mercado de crédito. Este capítulo, a mi juicio, reviste especial interés, por lo que supone ocuparse de nuevas realidades que en un futuro no muy lejano decidirán aspectos que ahora no se alcanzan a imaginar.

En relación a la primera de las cuestiones apuntadas, se distingue con nitidez, desde un punto conceptual y de régimen aplicable, entre las decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles: mientras la elaboración de perfiles no se considera una práctica prohibida en la regulación de datos (aunque no resulte aplicable la presunción de licitud que contempla el artículo 20.3 LOPDGD), se entiende vetada la posibilidad de adoptar decisiones automatizadas (*rectius*, aquellas en que la decisión sobre la concesión de crédito se basa «únicamente» en un tratamiento automatizado de datos) sobre la concesión de crédito, o fijación de condiciones o garantías del mismo *ex* artículo 22 RGPD. En relación a estas últimas, se considera, por tanto, aplicable la regla general prohibitiva que contempla este precepto, sin que resulten de aplicación ninguna de las excepciones que el mismo contempla (a menos que se de el consentimiento explícito del interesado que no sería el mero consentimiento para que se traten sus datos sobre solvencia). En cualquier caso, y aunque se entendieran subsumidas en aquellas, acertadamente, se concluye que deberían introducir medidas específicas de salvaguarda de los derechos e intereses del deudor afectado, que deberían incluir forzosamente el derecho a «obtener intervención humana por parte del responsable» y permitir al interesado «expresar su punto de vista e impugnar la decisión» *ex* art. 22.3 RGPD.

La misma regla general prohibitiva (salvo que concurra el consentimiento explícito del afectado) considera aplicable la autora a aquellos casos en los que datos sobre solvencia se utilizan en ámbitos diferentes al mercado de crédito, ya que estos no solo pueden resultar útiles a los concedentes de créditos sino también a otros sujetos (oferentes de empleo, aseguradores o arrendadores, entre otros). En este caso, como de forma muy elocuente se describe en la obra, el problema estriba en que si los datos se obtienen a partir de los informes emitidos por los sistemas de información crediticia necesariamente habrán sido recabados para una finalidad distinta de aquella para la que se utilizan, por lo que el tratamiento, a su juicio, debería fundarse necesariamente en el consentimiento del sujeto afectado (ya que aunque existe un interés legítimo de los responsables del tratamiento, no está tan claro que deba prevalecer sobre los intereses del individuo).

3. Responsabilidades derivadas del tratamiento indebido y de la utilización de los datos personales de solvencia

Otras de las ideas centrales de la obra es, como se ha dicho, el régimen de responsabilidad que resulta de la incorporación de datos personales de solvencia a los sistemas privados de información crediticia. Principalmente, aquella que deriva del tratamiento indebido de los datos personales en los sistemas privados de información crediticia (a la que dedica el capítulo VI). Pero sin olvidar aquella otra a que puede dar lugar el incumplimiento de la obligación

de solicitar información de los sistemas de información crediticia públicos o privados, que a su vez se encuadra dentro de otro tema más amplio, que es el del incumplimiento de los deberes de evaluación, como uno de los elementos fundamentales del llamado «crédito responsable» que establecen algunas leyes sectoriales ya mencionadas (a este aspecto se dedica un apartado específico, apartado 4, dentro del capítulo IV).

Respecto a la primera, la autora consciente de la importancia que tiene en la práctica distinguir y fijar con claridad la concreta esfera de responsabilidad de cada uno de los diferentes sujetos involucrados en el tratamiento de los datos personales de solvencia, distingue con claridad entre la responsabilidad en que pueden incurrir los acreedores y las entidades titulares de los ficheros de solvencia (como corresponsables del tratamiento) y los encargados del mismo. Como complemento de lo anterior, aborda la función preventiva que cumple la figura del delegado de protección de datos, en cuanto su intervención puede impedir la lesión del derecho fundamental a la protección de los datos personales en el seno de estos sistemas, así como las reclamaciones ante dicho sujeto.

Respecto a la segunda, aunque constituye un aspecto accesorio dentro del estudio de la autora (centrado en las bases jurídicas para el tratamiento y las consecuencias de hacerlo indebidamente), es incuestionable que la determinación del régimen de responsabilidad que deriva del incumplimiento de la obligación de solicitar informe y de realizar una valoración realista sobre la solvencia del deudor es una de las piezas fundamentales del sistema, que no podía faltar en la obra; del alcance que se confiera al deber de consulta, y sobre todo de sus consecuencias, dependerá la utilidad práctica de los sistemas privados de información crediticia (y, por tanto, la importancia de su estudio). Recuérdesse que la ausencia de un régimen aplicable para el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia es una de las quiebras más notables de nuestra regulación actual, que carece de toda justificación en el momento actual en el que la noción de crédito responsable, como oportunamente advierte la autora, no se aplica solo en el contexto de la supervisión de las entidades de crédito sino que es una medida ligada, de manera más amplia, a combatir el endeudamiento excesivo.

Tras un buen resumen de las distintas posiciones manejadas por la doctrina (pues la cuestión ha generado un vivo debate dentro de la misma) la autora sienta las bases sobre las que, a su juicio, debería construirse el régimen aplicable a dicho incumplimiento. Y, dando por sentado que las sanciones no pueden ser solo administrativas sino civiles, considera que la indeterminación en este último ámbito obliga a extraer las consecuencias generales que resultan del incumplimiento. Conforme a estas reglas, mantiene (en el trabajo actual y en otros anteriores) que la solución podría ser, siempre a la vista de las circunstancias del caso concreto, la de la nulidad parcial por la vía del artículo 6.3 CC, con la consiguiente ineficacia de las cláusulas de intereses tanto remuneratorios como moratorios (sin posibilidad de integración de dichas cláusulas en el caso de prestatarios consumidores), lo que viene a coincidir con la tesis que propugna un sector de la doctrina de *lege ferenda*.

Aunque excede del propósito de estas líneas, no me resisto a dejar apuntado que, a falta del prometido Reglamento que desarrolle esta cuestión, es dudoso que conforme a la regulación actual, este incumplimiento pueda (otra cuestión distinta es que «debiera») tener implicaciones civiles. En cualquier caso, y reconociendo la ligereza que supone pronunciarse sobre cuestión tan debatida en

estas líneas, me parece que, a la hora de fijar un régimen aplicable, de una parte, sería más conforme con la teoría general de las obligaciones, acudir a la vía del resarcimiento de los daños y perjuicios (que es la sanción que corresponde al incumplimiento de una obligación *ex* artículos 1101/1902 CC, a pesar de las dificultades que existen para su aplicación a este supuesto), frente a la sanción de nulidad *ex* artículo 6.3 CC, pues lo que se incumple es una obligación (y eso tiene una sanción específica en Derecho) y no un acto contrario a la ley; y que, a falta de previsión específica, no existe una base legal para que los perjuicios causados deban coincidir con la imposibilidad de cobro de intereses (solución, que como es sabido, han incorporado de manera expresa otros ordenamientos). Pero ello, como es imaginable, no constituye ningún reproche al planteamiento que hace la autora, que discurre dentro de lo razonable y de los límites en los que se mueve la doctrina científica, sino más bien una muestra de la enjundia de las cuestiones a tratar y de la diversidad de interpretaciones que cabe manejar a la hora de articular una solución.

En fin, ¿qué papel jugaría en todo esto no haber consultado —o haberlo hecho indebidamente— algún sistema privado de información crediticia? En el momento actual en el que estos sistemas se configuran como meros ficheros de morosos, me parece difícil mantener que la falta de consulta de estos datos (aunque difícil de que se de en la práctica) no pueda tener consecuencias negativas para el acreedor (no obstante la autora defiende que sería abusivo para el deudor intentar obtener ventajas en esta situación alegando el incumplimiento): que gracias a dicha omisión el deudor haya obtenido crédito no impide que se haya endeudado de manera excesiva, cuyas consecuencias parece que el legislador quiere imponer al concedente del crédito. No parece que haya muchas diferencias entre este supuesto y aquel en que el concedente del crédito consulta los ficheros de morosos pero no sin cruzarlos de manera suficiente con datos positivos sobre solvencia a su alcance (que pueden proceder de distintas fuentes); en estos casos el deudor también obtiene más crédito del que debería haber obtenido por no haber agotado el concedente la diligencia exigible (para los que la autora sostiene que este caso el sujeto sí sería responsable). La depuración de esta responsabilidad y las consecuencias concretas de la misma es algo que está por determinar y está por ver cómo lo resolverán los tribunales pero es, como decíamos, una de las piedras angulares sobre la que reposan los sistemas de información objeto de estudio. Sobre todo si, como defiende la autora, estos sistemas llegan a ser una de las principales fuentes de información sobre solvencia.

En suma, como puede deducirse de estas líneas, la monografía de la profesora MAS BADÍA aborda las cuestiones medulares que plantean los llamados sistemas privados de información crediticia. Los problemas que interesa resolver se plantean con acierto y se resuelven de manera rigurosa y exhaustiva, incorporando abundantes referencias doctrinales y jurisprudenciales (que enriquecen el discurso, firme y claro, de la autora). Esta se enfrenta con solvencia y valentía a una figura de creación relativamente reciente y aborda las cuestiones más importantes que esta suscita, produciendo la sensación de que se han dejado pocos «cabos sueltos» y, lo que es más importante, sentando las bases teóricas para poder abordar y resolver en el futuro otras cuestiones que la realidad, tozuda en ir siempre por delante del Derecho, pueda plantear.

El trabajo, tiene, además, un mérito añadido nada desdeñable, que es la dificultad que supone construir un discurso coherente e integrado a largo de todo el trabajo, y de hacerlo de manera fácil y amena para el lector. Logro

particularmente meritorio tratándose de una materia tan técnica como la que regula la protección de los datos personales, que requiere un alto nivel de conocimiento y manejo de los conceptos jurídicos y que, además de técnica, es una materia sensible por su repercusión en los derechos fundamentales de la persona.

NOTAS

¹ *Vid.*, página 35.

² *Vid.* página 59.

³ *Vid.*, páginas. 35-37.

⁴ Sobre esta noción, cfr: artículo 18 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios) en desarrollo de los principios generales previstos en la Ley 2/2001, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.

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.

- Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título de la obra en cursiva. Lugar de publicación: Editorial.

Ej.: GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2000). *Lecciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Marcial Pons.

- Capítulo de Libro:
APELLIDOS, Inicial del nombre. Año (entre paréntesis). Título del capítulo. En: Inicial del nombre y apellido/s (ed./dir./coord.). Título de Libro (en cursiva). Ciudad: Editorial (pp. Inicial y final).

Ej.: DÍAZ FRAILE, J.M. (2017). Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de enero de 2015. En M. Yzquierdo Tolsada (dir.). *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (Civil y Mercantil)* Vol. 7º (2015). Madrid: Dykinson, BOE, Colegio de Registradores de España (pp. 47-63).

- Artículo:
APELLIDOS, Inicial del Nombre. Año (entre paréntesis). Título del artículo. Nombre de la Revista en cursiva, nº de la revista, páginas inicial y final.

Ej.: GÓMEZ PÉREZ, A. (1969). Los alimentos debidos a la viuda encinta. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 2, 373-401.

- Documento electrónico:
Además de lo indicado anteriormente según sea libro o artículo, debe indicarse [En línea], la dirección URL y la fecha de publicación o la de su más reciente actualización.

Ej.: GÓMEZ POMAR, F. (2001). Carga de la prueba y responsabilidad objetiva. *InDret* [En línea], núm. 40, disponible en <http://www.indret.com/cas/artdet.php?Idioma=cas&IdArticulo=139>

Conviene recordar que la forma de citar en texto correspondiente a las normas APA varía respecto a la tradicional de forma que:

- Tratándose de referencias bibliográficas en texto, se introducen en el propio texto de la siguiente forma: (autor, año de publicación y página). La

cita completa se desarrolla conforme a las normas que se acaban de exponer en la bibliografía recogida al final del artículo, no al pie de página.

Ej.: La viuda encinta se hace merecedora de los alimentos (GÓMEZ PÉREZ, 1969, 373), por lo que sería conveniente...

- Tanto las citas con referencia bibliográfica como las Notas que sean aclaratorias o informativas, irán siempre al final del artículo, correlativamente enumeradas y no en la página en que corresponda insertar la cita.

3. OTRAS NORMAS DE ESTILO

3.1. Cita de normas jurídicas

La primera cita de una norma, en el texto, será completa. Por ejemplo:

Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV o Ley 15/2015).

Los términos «Constitución española», «Código civil», «Código de Comercio», «artículo», «párrafo», «número», «disposición», etc., se escribirán de forma completa en el texto, salvo que sea entre paréntesis o entre corchetes, en cuyo caso se puede emplear la abreviatura (CE, CC, CCo, art., pfo., núm., disp.).

3.2. Uso de la mayúscula

Es conveniente el empleo de minúsculas en las iniciales de cargos u oficios (registrador, notario, abogado...), órganos (tribunal, juzgado...), preceptos (artículo, decreto...), dejando el uso de la mayúscula inicial para los nombres de personas e instituciones (Audiencia Provincial, Juzgado de lo Mercantil, Registro de la Propiedad...) y para los títulos de las normas.

El Consejo Editorial y de Redacción de la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario rechazará los trabajos que no cumplan las normas de publicación que se indican.

Se informa que en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, los datos personales facilitados a Revista Crítica serán tratados de forma confidencial y quedarán incorporados a los respectivos ficheros de los que es responsable el Colegio de Registradores, con las finalidades que se detallan en el Registro General de Protección de Datos, no siendo utilizados para finalidades incompatibles con estas. Los datos recabados podrán ser cedidos en los casos previstos para cada fichero en dicho Registro. La Revista Crítica pone en conocimiento su política de privacidad, disponible en su página web. Le informamos que la Revista Crítica asegura el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en los términos establecidos en la legislación vigente, pudiendo utilizar para ello cualquiera de los canales de comunicación del Colegio de Registradores, con domicilio en la calle Diego de León nº 21, 28006 Madrid, utilizando el servicio de Soporte LOPD (902181442 / 912701699), a través de la dirección de correo electrónico soporte.lopd@corpme.es.



Suscripción anual: 120,99 €
Número suelto: 23 €

ISSN 0210-0444

